

TE Bvwg Erkenntnis 2014/6/17 W139 2005967-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.06.2014

Entscheidungsdatum

17.06.2014

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §106 Abs6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs2

BVergG 2006 §58 Abs2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §78 Abs3

BVergG 2006 §79 Abs3

BVergG 2006 §90

BVergG 2006 §96 Abs1

BVergG 2006 §99 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

UFG 1993 §30 Z3

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 58 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 90 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

W139 2003185-1/33E; W139 2005967-1/23E

Im namen der republik!

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm 292 Abs 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. § 30 Z 3 UFG auf Altlast N 53 „Teerfabrik Rütgers - Angern“ in der KG Angern" über den Antrag der XXXX, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, vom 6. März 2014 sowie vom 20. März 2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 30. April 2014 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit 292 Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph

312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" über den Antrag der römisch 40 , vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, vom 6. März 2014 sowie vom 20. März 2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 30. April 2014 zu Recht erkannt:

SPRUCH

A

I.römisch eins.

Dem Antrag vom 20. März 2014, "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Beiziehung eines bauwirtschaftlichen Sachverständigen für Kalkulation die 2. Berichtigung vom 10. März 2014 für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die zweite Berichtigung der Ausschreibung "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem.§ 30 Z 3 UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" vom 10. März 2014 wird für nichtig erklärt.Die zweite Berichtigung der Ausschreibung "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" vom 10. März 2014 wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag vom 6. März 2014, "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Beiziehung eines bauwirtschaftlichen Sachverständigen für Kalkulation die gesamte Ausschreibung für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Ausschreibung "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem.§ 30 Z 3 UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" wird für nichtig erklärt.Die Ausschreibung "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" wird für nichtig erklärt.

III.römisch drei.

Den Anträgen auf Ersatz der jeweils entrichteten Pauschalgebühren wird stattgegeben.

Die BALSA BundesaltlastensanierungsgesellschaftmbH ist verpflichtet, der Antragstellerin, XXXX, die für die Nachprüfungsanträge entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.231,-- und EUR 985,-- sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 616,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Händen ihrer bevollmächtigten Rechtsvertreter, Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, zu ersetzen.Die BALSA BundesaltlastensanierungsgesellschaftmbH ist verpflichtet, der Antragstellerin, römisch 40 , die für die Nachprüfungsanträge entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.231,-- und EUR 985,-- sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 616,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Händen ihrer bevollmächtigten Rechtsvertreter, Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, zu ersetzen.

B

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG

Verfahrensengang / Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 6. März 2014 den im Spruch, Spruchpunkt A.II. wörtlich wiedergegebenen Antrag verbunden mit Eventualanträgen auf Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen und mit Anträgen auf Gebührenersatz. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die BALSA BundesaltlastensanierungsgesellschaftmbH führe ein offenes Verfahren betreffend die "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. § 30 Z 3 UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" durch. Die

Ausschreibung sei am 12. Februar 2014 zur Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU versandt worden (L-543570-429). Die ursprüngliche Frist für die Angebotsabgabe laufe am 14. März 2014, 10.00 Uhr ab. Die Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH führe ein offenes Verfahren betreffend die "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N 53 'Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" durch. Die Ausschreibung sei am 12. Februar 2014 zur Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU versandt worden (L-543570-429). Die ursprüngliche Frist für die Angebotsabgabe laufe am 14. März 2014, 10.00 Uhr ab.

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit. Die Auftraggeberin sei zu einer anderen Gestaltung der Ausschreibung verpflichtet, weil sie in der gegenständlichen Ausschreibung vergaberechtswidrige Zuschlags- und Subkriterien und einen vergaberechtswidrigen Bewertungsvorgang festlege, die eine willkürliche und objektiv nicht nachvollziehbare Entscheidung ermöglichen; die Mehrfachbeteiligung von Unternehmen (auch im Konzern) generell ausschließe; den Bieter durch eine Vielzahl von Bestimmungen ein nicht kalkulierbares Risiko übertrage, wodurch die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet sei und schließlich die Anwendung der geeigneten Leitlinie der ÖNORM B 2110 durch pauschale Abänderungen in den wesentlichen Punkten de facto aushöhle.

Diese Rechtswidrigkeiten seien nur durch Widerruf zu sanieren. § 325 Abs 2 BVergG sehe zwar als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen komme aber dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen sei die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, so auch im gegenständlichen Fall. Die Ausschreibung würde schon durch Streichung einzelner vergaberechtswidriger Bestimmungen einen gänzlich anderen Inhalt bekommen und wäre auch ein anderer Bieterkreis angesprochen. Diese Rechtswidrigkeiten seien nur durch Widerruf zu sanieren. Paragraph 325, Absatz 2, BVergG sehe zwar als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen komme aber dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen sei die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, so auch im gegenständlichen Fall. Die Ausschreibung würde schon durch Streichung einzelner vergaberechtswidriger Bestimmungen einen gänzlich anderen Inhalt bekommen und wäre auch ein anderer Bieterkreis angesprochen.

Zum Subkriterium "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonal": Nach der Rechtsprechung müssten Zuschlagskriterien so formuliert sein, dass es den Bieter objektiv möglich sei, zu erkennen, worauf es dem Auftraggeber konkret ankomme. Dies insbesondere um sicherzustellen, dass die Entscheidung vom Auftraggeber nicht willkürlich getroffen werde. Vorliegend habe es die Auftraggeberin unterlassen, die genannten Sub-Sub-Kriterien, "Ausdruck", "Empfang", "Offenheit", "Kooperation", "Gestaltung", "Identifikation" zu gewichten. Deren Verhältnis und Bedeutung untereinander seien völlig unklar. Das Gebot der nachvollziehbaren Bestbieterermittlung sei verletzt und eine Ermittlung des Bestbieters daher nicht möglich.

Weiters seien diese Sub-Sub-Kriterien in keiner Weise näher umschrieben. Der Auftraggeber verwende inhaltsleere und abstrakte Formulierungen, aus denen ein Bieter nicht ableiten könne, worauf es dem Auftraggeber tatsächlich ankomme. Das Subkriterium sei so aufgesetzt, dass eine objektive und nachvollziehbare Beurteilung überhaupt nicht möglich sei, weil dies rein subjektiven Verzerrungen der einzelnen Jury-Mitglieder unterliege. Die Ausgestaltung sei auch nicht mehr "state of the art". Es würde auch im Bereich der "soft skills" standardisierte, objektive, interaktive Verfahren zur nachvollziehbaren Überprüfung sozialer Kompetenz geben.

Darüber hinaus besitze die vorgesehene Jury nicht die erforderliche Fachkompetenz für die Beurteilung in diesem Bereich. Nach ständiger Rsp müssten mit der Bewertung nicht messbarer Zuschlagskriterien sachkundige Personen betraut werden, auch wenn nicht die gesamte Kommission in allen Bereichen über die gesamte Sachkenntnis verfügen müsse. Hier werde das Hearing bloß von einem "Fachexperten aus dem Bereich Personalcoaching/Arbeitspsychologie" begleitet.

Auch die Festlegung, dass die Jury die Bewertung auf Basis des Hearings vornehme, bei dem nicht alle Jury-Mitglieder anwesend sein müssten, verstoße gegen die Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere gegen das Diskriminierungsverbot und den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Weiters sei der Bewertungsvorgang nicht nachvollziehbar. Für einen Bieter sei etwa nicht erkennbar wann eine Schlüsselperson "gerade noch durchschnittlich sozial kompetent" oder aber "durchschnittlich sozial kompetent" sei. Dies eröffne für die Jury einen willkürlichen Spielraum. Eine objektive und nachvollziehbare Ermittlung des besten Angebotes auf Grundlage dieses Subkriteriums sei nicht möglich. Diese intransparente Punktevergabe werde durch die Möglichkeit zur Vergabe einzelner Punkte noch verstärkt.

Auch liege eine Vergaberechtswidrigkeit dahingehend vor, als keine verbale Begründung der Kommission bei diesem Subkriterium vorgesehen sei.

Da die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten beim Zuschlagskriterium "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals" nicht durch dessen Streichung beseitigt werden könnten, sei die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Zum Zuschlagskriterium "Verwertungsquote": Die Bewertung dieses Kriteriums sei diskriminierend und damit vergaberechtswidrig, da völlig außer Betracht bleibe, dass auch eine Verwertungsquote von mehr als 50% angeboten werden könne und dieser Bieter dann aber gleich wie ein Bieter bewertet werde, der nur 50% anbiete.

Zum Ausschluss der Mehrfachbeteiligung: Nach ständiger Rsp des BVA widerspreche ein derartiges Verbot einer Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren dem Unionsrecht. Die Zulässigkeit der Beteiligung als Subunternehmer bei mehreren Bietern ändere daran nichts.

Zur Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken auf den Auftragnehmer:

In der Zusammenschau der Bestimmungen werde dem Bieter de facto jegliches Risiko übertragen, indem der Auftraggeber, durch gänzlichen Ausschluss von Punkt 7.2. der ÖNORM B 2110, alle Gefahren aus der Sphäre des Auftraggebers in die Sphäre des Auftragnehmers übertrage, indem er kein konkretes Bau-Soll und damit den Leistungsumfang nicht entsprechend definiere, dem Auftragnehmer gleichzeitig die Vollständigkeitsprüfung des Leistungsumfangs übertrage und quasi eine Vollständigkeitsgarantie fordere, zugleich einerseits die Irrtumsanfechtung und jegliche Nachtragsforderungen und andererseits einen Entschädigungsanspruch bei entfallenen Leistungen ausschließe und letztendlich das "Formulierungsrisiko" der Unterlagen dem Auftragnehmer übertrage, indem er die Auslegungsregeln der §§ 914f ABGB zu seinen Gunsten abändere. Mit der Pflicht zur Überprüfung der Vollständigkeit werde dem Auftragnehmer in vergaberechtswidriger Weise die eigene Verpflichtung der Auftraggeberin zur vollständigen Leistungsbeschreibung gemäß § 96 Abs 1 BVergG übertragen. Dies sei auch angesichts der eingeschränkten Möglichkeit zur Ortsbesichtigung völlig absurd. Der Bieter habe nicht einmal die Möglichkeit, den Leistungsumfang entsprechend zu überprüfen und gleichzeitig alle Erschwernisse einzukalkulieren. Gleichzeitig habe er zuzusagen, dass die von ihm überprüften örtlichen Verhältnisse für die Kalkulation ausreichend gewesen seien. Alle Bieter würden unterschiedliche Kalkulations- und Risikoannahmen treffen, sodass dies unvergleichbare Angebote nach sich ziehe. Der Auftraggeber verstoße gegen die Verpflichtungen gemäß § 78 Abs 3 und 96 Abs 1 BVergG und gegen die vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere gegen das Transparenzgebot. Auch treffe den Auftraggeber eine verminderte Pflicht zur sorgfältigen Preisprüfung der Angebote, wodurch er gegen den Grundsatz der Vergabe bloß an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen verstoße. In der Zusammenschau der Bestimmungen werde dem Bieter de facto jegliches Risiko übertragen, indem der Auftraggeber, durch gänzlichen Ausschluss von Punkt 7.2. der ÖNORM B 2110, alle Gefahren aus der Sphäre des Auftraggebers in die Sphäre des Auftragnehmers übertrage, indem er kein konkretes Bau-Soll und damit den Leistungsumfang nicht entsprechend definiere, dem Auftragnehmer gleichzeitig die Vollständigkeitsprüfung des Leistungsumfangs übertrage und quasi eine Vollständigkeitsgarantie fordere, zugleich einerseits die Irrtumsanfechtung und jegliche Nachtragsforderungen und andererseits einen Entschädigungsanspruch bei entfallenen Leistungen ausschließe und letztendlich das "Formulierungsrisiko" der Unterlagen dem Auftragnehmer übertrage, indem er die Auslegungsregeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu seinen Gunsten abändere. Mit der Pflicht zur Überprüfung der Vollständigkeit werde dem Auftragnehmer in vergaberechtswidriger Weise die eigene Verpflichtung der Auftraggeberin zur vollständigen Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 96, Absatz eins, BVergG übertragen. Dies sei auch angesichts der eingeschränkten Möglichkeit zur Ortsbesichtigung völlig absurd. Der Bieter

habe nicht einmal die Möglichkeit, den Leistungsumfang entsprechend zu überprüfen und gleichzeitig alle Erschwernisse einzukalkulieren. Gleichzeitig habe er zuzusagen, dass die von ihm überprüften örtlichen Verhältnisse für die Kalkulation ausreichend gewesen seien. Alle Bieter würden unterschiedliche Kalkulations- und Risikoannahmen treffen, sodass dies unvergleichbare Angebote nach sich ziehe. Der Auftraggeber verstoße gegen die Verpflichtungen gemäß Paragraph 78, Absatz 3 und 96 Absatz eins, BVergG und gegen die vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere gegen das Transparenzgebot. Auch treffe den Auftraggeber eine verminderte Pflicht zur sorgfältigen Preisprüfung der Angebote, wodurch er gegen den Grundsatz der Vergabe bloß an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen verstoße.

Zur Aushöhlung der ÖNORM B 2110: Die Auftraggeberin weiche entgegen § 99 Abs 2 BVergG nicht nur in einzelnen sondern eigentlich in allen für die Regelung eines Vertragsverhältnisses wesentlichen Punkten nur einseitig zum Nachteil des Auftragnehmers von ÖNORM B 2110 ab. Dies versuche der Auftraggeber dadurch zu kaschieren, dass die betreffenden wesentlichen abweichenden Vertragsbestimmungen im Informationsteil anstelle in den Vertragsbestimmungen festgelegt seien. Eine sachliche Begründung für eine derart weitreichende Abweichung sei nicht erkennbar. Der Normzweck des § 99 Abs 2 BVergG liege in einem Interessenausgleich zur Schaffung eines "ausgewogenen Vertragsverhältnisses", dies ignoriere die Auftraggeberin. Mit den Vertragsbestimmungen überschreite die Auftraggeberin nicht nur die quantitative sondern auch die qualitative Grenze zulässiger Abweichungen von der ÖNORM B2110. Dies zeige sich ua an den bereits aufgezeigten Festlegungen sowie dem Ausschluss der Nachteilsabgeltung in Punkt 7.4.5. der Vertragsbestimmungen, der Abänderung der Gewährleistungsbestimmungen in Punkt 12.2. der Vertragsbestimmungen, der Ergänzung der Verzugsregelung in Punkt Zur Aushöhlung der ÖNORM B 2110: Die Auftraggeberin weiche entgegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG nicht nur in einzelnen sondern eigentlich in allen für die Regelung eines Vertragsverhältnisses wesentlichen Punkten nur einseitig zum Nachteil des Auftragnehmers von ÖNORM B 2110 ab. Dies versuche der Auftraggeber dadurch zu kaschieren, dass die betreffenden wesentlichen abweichenden Vertragsbestimmungen im Informationsteil anstelle in den Vertragsbestimmungen festgelegt seien. Eine sachliche Begründung für eine derart weitreichende Abweichung sei nicht erkennbar. Der Normzweck des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG liege in einem Interessenausgleich zur Schaffung eines "ausgewogenen Vertragsverhältnisses", dies ignoriere die Auftraggeberin. Mit den Vertragsbestimmungen überschreite die Auftraggeberin nicht nur die quantitative sondern auch die qualitative Grenze zulässiger Abweichungen von der ÖNORM B2110. Dies zeige sich ua an den bereits aufgezeigten Festlegungen sowie dem Ausschluss der Nachteilsabgeltung in Punkt 7.4.5. der Vertragsbestimmungen, der Abänderung der Gewährleistungsbestimmungen in Punkt 12.2. der Vertragsbestimmungen, der Ergänzung der Verzugsregelung in Punkt

6.5.1. der Vertragsbestimmungen, sowie die Änderung der Gefahrtragung und Kostentragung der Wiederherstellung in Punkt 12.1. der Vertragsbestimmungen.

Die Antragstellerin sei ein in den Bereichen Altlastenerkundung und -sanierung spezialisiertes Unternehmen, das geeignet und leistungswillig sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Aus der Tatsache, dass die Antragstellerin beabsichtige, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, die Ausschreibungsunterlagen angefordert habe und an der Angebotsstellung arbeite, sei ihr Interesse am Vertragsschluss evident. Die gegenständlich rechtswidrige Ausschreibung verhindere allerdings, dass sich die Antragstellerin daran beteiligen könne.

Dadurch drohe ein Schaden in Form des Verlustes eines besonders bedeutenden Referenzprojektes. Darüber hinaus drohe auch ein finanzieller Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns, der Kosten der Vorbereitung eines Angebotes, der Teilnahme an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren sowie der bisherigen anwaltlichen Vertretung.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Auftraggeberentscheidungen im Recht auf Festlegung einer vergaberechtskonformen Ausschreibung, insbesondere im Recht auf vergaberechtskonforme, nicht diskriminierende und transparente Ausschreibungsbedingungen, im Recht auf Festlegung kalkulierbarer Angebotsbestimmungen, im Recht auf Ermittlung der Preise ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken und ohne umfangreiche Vorarbeiten, im Recht auf Einhaltung von geeigneten Leitlinien sowie im Recht auf Festlegung nicht sittenwidriger und nicht missbräuchlicher Ausschreibungsbestimmungen, im Recht auf vergleichbare Angebote, im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer Zuschlagskriterien/Subkriterien, die eine nachvollziehbare und objektive Bestbieterermittlung ermöglichen, im Recht auf Mehrfachbeteiligung verletzt und weiters auch im Recht auf

Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 BVergG, das nach den im BVergG vorgesehenen Verfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter unter Einhaltung des Diskriminierungsverbots und den unionsrechtlichen Grundsätzen durchgeführt wird und im Recht auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes. Die Antragstellerin erachte sich durch die Auftraggeberentscheidungen im Recht auf Festlegung einer vergaberechtskonformen Ausschreibung, insbesondere im Recht auf vergaberechtskonforme, nicht diskriminierende und transparente Ausschreibungsbedingungen, im Recht auf Festlegung kalkulierbarer Angebotsbestimmungen, im Recht auf Ermittlung der Preise ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken und ohne umfangreiche Vorarbeiten, im Recht auf Einhaltung von geeigneten Leitlinien sowie im Recht auf Festlegung nicht sittenwidriger und nicht missbräuchlicher Ausschreibungsbestimmungen, im Recht auf vergleichbare Angebote, im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer Zuschlagskriterien/Subkriterien, die eine nachvollziehbare und objektive Bestbieterermittlung ermöglichen, im Recht auf Mehrfachbeteiligung verletzt und weiters auch im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, BVergG, das nach den im BVergG vorgesehenen Verfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter unter Einhaltung des Diskriminierungsverbots und den unionsrechtlichen Grundsätzen durchgeführt wird und im Recht auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes.

Am 20. März 2014 brachte die Antragstellerin einen weiteren im Spruch, Spruchpunkt A.I. wörtlich wiedergegebenen Antrag auf Nichtigerklärung von Festlegungen während der Angebotsfrist, verbunden mit Anträgen auf Gebührenersatz und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ein. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Angefochten werde die zweite Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung vom 10. März 2014. Mit den Festlegungen (insb "Klarstellungen") in der zweiten Berichtigung versuche die Auftraggeberin nun, den zwingend gebotenen Widerruf der Ausschreibung zu umgehen, um ihr subjektiv vorwerfbares Verhalten bei der Erstellung der Ausschreibung zu verschleiern. Aber auch die Berichtigung der Ausschreibung mache diese noch nicht zu einer rechtskonformen Ausschreibung. Die Sanierung einer - wie im vorliegenden Fall derart vergaberechtswidrigen Ausschreibung - sei nicht durch Berichtigung möglich. Im Falle des Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes liege ein Widerruf nicht im Ermessen der Auftraggeber. Aufgrund der umfangreichen Rechtswidrigkeiten der gegenständlichen Ausschreibung, welche im Verfahren W139 2003185-1 angefochten wurden, wäre die Auftraggeberin entsprechend der Judikatur zum Widerruf verpflichtet gewesen, sodass schon aus diesem Grund die Berichtigung vergaberechtswidrig sei.

Durch die "Klarstellungen" werde die Grenze einer zulässigen Berichtigung überschritten. Nach der ständigen Judikatur des VwGH sei eine Berichtigung der Ausschreibung nur insoweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung komme. Eine Berichtigung, die wie die gegenständliche geeignet sei, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen, sei jedenfalls als wesentliche Verletzung des Vergaberechts anzusehen. Nach der jüngsten Judikatur des VwGH komme die Streichung/ Berichtigung einzelner Bestimmungen in der Ausschreibung nämlich dann nicht in Betracht, wenn ein anderer Bieterkreis, "nämlich zumindest die antragstellende Beschwerdeführerin" angesprochen werde. Es sei daher nicht zulässig, so wesentlichen Bestimmungen wie den Ausschluss der Mehrfachbeteiligung (Teil A Punkt 2.11.) oder die Pflicht zur verbalen Begründung der Kommissionsentscheidung einfach durch Berichtigung zu sanieren, nur weil es diesbezüglich schon eindeutige Judikatur gebe und die Antragstellerin genau darauf hingewiesen habe.

De facto versuche die Auftraggeberin nun mit den "Klarstellungen" die Präklusion der angesprochenen ursprünglichen Punkte herbeizuführen. Es sollen die ursprünglichen Bestimmungen derart mit den Klarstellungen vermischt werden, sodass ohne Anfechtung dieser Berichtigung dem Auftraggeber immer das Argument offen stehe, dass die Ausschreibung in diesen bestimmten Punkten durch die Berichtigung abgeändert worden sei und daher auch die ursprüngliche Bestimmung präkludiert sei.

Zum Sub-Kriterium "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals": Die Auftraggeberin arbeite hier bewusst mit "Klarstellungen", da ihr die betreffende Rechtsprechung bekannt sei, dass eine Änderung der Zuschlagskriterien durch Berichtigung unzulässig sei. Einerseits sei die "Klarstellung" selbst und andererseits trotz der "Klarstellungen" die betreffende Bestimmung selbst weiterhin vergaberechtswidrig.

Die Auftraggeberin unterlasse es weiterhin die einzelnen Begriffe zur Umschreibung ihres Verständnisses von "sozialer Kompetenz" eindeutig zu konkretisieren. Es sei weiterhin völlig unklar, auf was es der Auftraggeberin tatsächlich ankomme. Eine objektive und nachvollziehbare Beurteilung sei überhaupt nicht möglich, weil diese rein subjektiven Verzerrungen der einzelnen Jury-Mitglieder unterliege. Weiterhin sei der Bewertungsvorgang nicht nachvollziehbar, da die Bewertung des Kriteriums als Kollegialentscheidung nach dem Mehrstimmigkeitsprinzip erfolge und nicht geregelt sei, wie die Entscheidung bei Anwesenheit von vier Mitgliedern erfolge und beispielsweise zwei Mitglieder die Schlüsselperson zB mit "gerade noch sehr gut sozial kompetent" und zwei Mitglieder mit "sehr gut sozial kompetent" bewerten würden. Die Sub-Sub-Kriterien seien weiterhin nicht gewichtet, was der Auftraggeberin letztendlich die Möglichkeit eröffne, willkürlich und diskriminierend ihre Entscheidungen zu treffen. Abgesehen davon besitze die Jury auch nach der Berichtigung nicht die erforderliche Fachkompetenz für die Beurteilung in diesem Bereich. Weiterhin sei die die Regelung der Punktevergabe intransparent und eröffne der Auftraggeberin einen unbegrenzten Entscheidungsspielraum.

Die Auftraggeberin habe zwar die Bestimmung, welche eine Abbedingung der Vertragsauslegungsregeln gemäß § 914f ABGB vorgesehen habe, in Punkt 2.7.2 der Ausschreibungsunterlage gestrichen. Dennoch sei der Bieter durch die gegenständliche Bestimmung zur umfassenden Prüfung der Vollständigkeit des Leistungsumfangs bzw der Leistungsbeschreibung sowie aller Leistungsteile verpflichtet. Damit sei der Bieter (die Antragstellerin) weiterhin zur Abgabe einer Vollständigkeitsgarantie verpflichtet, wohingegen gleichzeitig Nachtragsforderungen und die Irrtumsanfechtung hinsichtlich nicht kalkulierter Kosten nach den sonstigen Bestimmungen in der Ausschreibung gänzlich ausgeschlossen seien. Die Bestimmung widerspreche weiterhin § 78 Abs 3 BVergG. Die Auftraggeberin habe zwar die Bestimmung, welche eine Abbedingung der Vertragsauslegungsregeln gemäß Paragraph 914 f, ABGB vorgesehen habe, in Punkt 2.7.2 der Ausschreibungsunterlage gestrichen. Dennoch sei der Bieter durch die gegenständliche Bestimmung zur umfassenden Prüfung der Vollständigkeit des Leistungsumfangs bzw der Leistungsbeschreibung sowie aller Leistungsteile verpflichtet. Damit sei der Bieter (die Antragstellerin) weiterhin zur Abgabe einer Vollständigkeitsgarantie verpflichtet, wohingegen gleichzeitig Nachtragsforderungen und die Irrtumsanfechtung hinsichtlich nicht kalkulierter Kosten nach den sonstigen Bestimmungen in der Ausschreibung gänzlich ausgeschlossen seien. Die Bestimmung widerspreche weiterhin Paragraph 78, Absatz 3, BVergG.

Zur "Klarstellung" zu Punkt 2.27.1. (Örtliche Verhältnisse am Erfüllungsort) iVm 6.2.8.1 (Regelungen zur Leistungserbringung - Arbeitsplätze, Zufahrtswege, Versorgung): Wenn der Auftraggeber das Risiko nicht abgebildeter Gegebenheiten trage, so stelle sich die Frage, wieso dann nicht jene Bestimmungen, in denen dem Bieter zB die Überprüfung der Vollständigkeit der Unterlagen übertragen werde, wie beispielsweise in Punkt 2.7.2 (Überprüfung der Ausschreibung durch den Bieter) und Punkt 2.27.4 (Projektbezogene Pläne und sonstige Ausführungsunterlagen) festgelegt, nicht einfach gestrichen würden. Die Klarstellung erfolge auch nur in Bezug auf Punkt 2.27.1 und Punkt 6.2.8.1, nicht jedoch auf den wesentlichen Punkt der Preisgestaltung. Damit sei noch immer völlig unklar, was der Bieter nun konkret in seiner Kalkulation zu berücksichtigen habe. Auch wenn die Auftraggeberin die aus ihrer Sicht relevanten Kalkulationsgrundlagen der Ausschreibung beigelegt habe, bedeute dies aber noch nicht, dass allein durch diese zur Verfügung Stellung von Unterlagen bzw die zur Verfügung Stellung der Information, dass zB Erschwernisse aufgrund von Arbeiten auf Liegenschaften zahlreicher Eigentümer zu erwarten seien, klar sei, welche Erschwernisse konkret auftreten können. Die Klarstellung in der Berichtigung ändere an dieser Unkalkulierbarkeit und der damit einhergehenden Unvergleichbarkeit der Angebote nichts. Auch werde die Ortsbesichtigung weiterhin beschränkt. Die bereits aufgezeigten Rechtswidrigkeiten würden durch die Klarstellung nicht beseitigt werden. Zur "Klarstellung" zu Punkt 2.27.1. (Örtliche Verhältnisse am Erfüllungsort) in Verbindung mit 6.2.8.1 (Regelungen zur Leistungserbringung - Arbeitsplätze, Zufahrtswege, Versorgung): Wenn der Auftraggeber das Risiko nicht abgebildeter Gegebenheiten trage, so stelle sich die Frage, wieso dann nicht jene Bestimmungen, in denen dem Bieter zB die Überprüfung der Vollständigkeit der Unterlagen übertragen werde, wie beispielsweise in Punkt 2.7.2 (Überprüfung der Ausschreibung durch den Bieter) und Punkt 2.27.4 (Projektbezogene Pläne und sonstige Ausführungsunterlagen) festgelegt, nicht einfach gestrichen würden. Die Klarstellung erfolge auch nur in Bezug auf Punkt 2.27.1 und Punkt 6.2.8.1, nicht jedoch auf den wesentlichen Punkt der Preisgestaltung. Damit sei noch immer völlig unklar, was der Bieter nun konkret in seiner Kalkulation zu berücksichtigen habe. Auch wenn die Auftraggeberin die aus ihrer Sicht relevanten Kalkulationsgrundlagen der Ausschreibung beigelegt habe, bedeute dies aber noch nicht, dass allein durch diese zur Verfügung Stellung von Unterlagen bzw die zur Verfügung Stellung der Information, dass zB Erschwernisse aufgrund von Arbeiten auf Liegenschaften zahlreicher Eigentümer zu erwarten seien, klar sei, welche Erschwernisse konkret

auftreten können. Die Klarstellung in der Berichtigung ändere an dieser Unkalkulierbarkeit und der damit einhergehenden Unvergleichbarkeit der Angebote nichts. Auch werde die Ortsbesichtigung weiterhin beschränkt. Die bereits aufgezeigten Rechtswidrigkeiten würden durch die Klarstellung nicht beseitigt werden.

Zur Klarstellung betreffend die Verpflichtung des Auftraggebers zur vertieften Angebotsprüfung: Diese Festlegung stehe in Widerspruch zur Klarstellung zu Punkt 2.27.2 iVm 6.2.8.1., wonach das Risiko der Nichtabbildung kalkulationsrelevanter Gegebenheiten in den Unterlagen die Auftraggeberin treffe, da die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen werde, obwohl die Auftraggeberin diesen Irrtum tatsächlich veranlasst habe. Im Übrigen müsse der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung ein allfälliger Kalkulationsirrtum des Bieters bei verkehrsüblicher Sorgfalt auffallen, sodass der Ausschluss der Irrtumsanfechtung im Anwendungsbereich des BVergG keinen Raum habe. Insofern sei die Berichtigung auch in diesem Punkt vergaberechtswidrig. Zur Klarstellung betreffend die Verpflichtung des Auftraggebers zur vertieften Angebotsprüfung: Diese Festlegung stehe in Widerspruch zur Klarstellung zu Punkt 2.27.2 in Verbindung mit 6.2.8.1., wonach das Risiko der Nichtabbildung kalkulationsrelevanter Gegebenheiten in den Unterlagen die Auftraggeberin treffe, da die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen werde, obwohl die Auftraggeberin diesen Irrtum tatsächlich veranlasst habe. Im Übrigen müsse der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung ein allfälliger Kalkulationsirrtum des Bieters bei verkehrsüblicher Sorgfalt auffallen, sodass der Ausschluss der Irrtumsanfechtung im Anwendungsbereich des BVergG keinen Raum habe. Insofern sei die Berichtigung auch in diesem Punkt vergaberechtswidrig.

Der Antragstellerin würden durch die rechtswidrige zweite Berichtigung und durch die vergaberechtswidrige Ausschreibung die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie die Ausarbeitung eines bestmöglichen Angebots mit optimalen Erfolgsaussichten für die Zuschlagserteilung unmöglich gemacht. Überdies werde durch die gegenständliche Berichtigung der Rechtsschutz der Antragstellerin gefährdet.

Neben den bereits im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens W139 2003185-1 geltend gemachten subjektiven Rechten mache die Antragstellerin überdies die Verletzung im Recht auf Abschluss eines fairen und ausgewogenen Vertrags mit dem tatsächlichen Bestbieter sowie im Recht, dass eine Berichtigung dann nicht durchgeführt werde, wenn ein zwingender Widerrufsgrund vorliege, und dass der Bewerber und alle anderen Interessenten eines Vergabeverfahrens darauf vertrauen dürfen, dass der Auftraggeber sämtliche Bestimmungen des BVergG einhalte, geltend.

Mit einem weiteren Schriftsatz vom 26. März 2014 führte die Antragstellerin aus, dass es verwundere, dass ich die Auftraggeberin über den Nachprüfungsantrag derart überrascht zeige, zumal die Antragstellerin bereits früher auf die "unfairen Vertragsbestimmungen", insbesondere im Hinblick auf die Übertragung von unkalkulierbaren Risiken und die Aushöhlung der ÖNORM B 2110, hingewiesen habe. Durch die Nichtanfechtung vorangehender Ausschreibungen bzw. die Unterlassung der Mitteilung über das Erfordernis einer Berichtigung verwerke die Antragstellerin nicht ihr Anfechtungsrecht bezüglich der gegenständlichen Ausschreibung.

Die Auftraggeberin übersehe, dass die von ihr vorgenommenen Klarstellungen und Streichungen die Grenze der zulässigen Berichtigung überschreiten würden. Eine Sanierung wäre nur durch Widerruf möglich gewesen.

Die Antragstellerin stelle nicht die sachliche Rechtfertigung des Kriteriums "Soziale Kompetenz" bzw. die Zulässigkeit von subjektiven Kriterien in Frage, sondern die konkrete Ausformulierung sowie die Bewertung und den Bewertungsvorgang durch die genannte Jury. Auch subjektive Kriterien hätten dem Gebot einer objektiven und transparenten Bestbieterermittlung zu genügen. Für vergleichbare Kriterien wie "Qualität" oder "technischer Wert" verlange die hA, dass der Bieter genaue Kenntnis davon erhalte, welche Anforderungen im Einzelfall unter den Begriffen zu verstehen seien, um ein Angebot kalkulieren zu können und die Wünsche des nachfragenden Auftraggebers bestmöglich zu erfüllen. Ein Zuschlagskriterium, wie das gegenständliche, das dem Auftraggeber eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräume, sei mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar. Es stehe im Widerspruch zu den vergaberechtlichen Anforderungen, wenn die Auftraggeberin davon ausgehe, dass "soft skills" von jedermann beurteilt werden könnten.

Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Verwertungsquote" sei festzuhalten, dass die Auftraggeberin die Grenze willkürlich treffe. Entgegen deren Ansicht würden die Kosten und der ökologische Effekt vom jeweiligen Einzelfall und vom jeweiligen Know-How des Unternehmers abhängen.

Zur Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken: Die von der Auftraggeberin vertretene Ansicht, Teil A des Informationsteiles "regeln ausschließlich den Vergabeprozess" sei schlichtweg falsch und sei auch von der

Auftraggeberin in der Vergangenheit selbst anders gesehen worden. Durch den Ausschluss des Punktes 7.2. der ÖNORM B2110 übertrage die Auftraggeberin den Bietern unkalkulierbare Risiken, wie Mengenrisiko, Bodenrisiko, Erschwernisse durch die Interessen der und geboten Rücksichtnahme auf die Liegenschaftseigentümer.

Zur Aushöhlung der ÖNORM B 2110: Wenn die Auftraggeberin argumentiere, die ÖNORM B 2110 sei keine geeignete Leitlinie, so stelle sich die Frage, weshalb nicht die für Dienstleistungsaufträge geeignete ÖNORM A 2060 zugrunde gelegt worden sei. Auch können entgegen der Ansicht der Auftraggeberin Vertragsbestimmungen der Auftraggeberin auch nicht durch wiederholtes Verwenden über mehrere Jahre zu geeigneten Leitlinien werden. Die Nichtanfechtung mache diese zum einen nicht für die Zukunft bestandfest. Zum anderen müssten geeignete Leitlinien nach hA von objektiver dritter Stelle und dürften nicht von der Auftraggeberin selbst geschaffen werden. Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin liege der Normzweck des § 99 Abs 2 BVergG, anders als jener des § 97 Abs 2 BVergG, nicht in der Vereinheitlichung und Standardisierung sondern im Interessenausgleich zur Schaffung eines "ausgewogenen Vertragsverhältnisses". Ein gänzliches oder großflächiges Abgehen von der Leitlinie sei der Auftraggeberin verwehrt. Dabei sei ohne Belang, dass die Auftraggeberin im Einzelfall auf das ABGB und das ZUGB zurückgreife. In der Gesamtschau weiche die Auftraggeberin großflächig zu Ungunsten der Auftragnehmer ab. Prüfungsmaßstab sei nicht nur § 879 sondern auch § 864a ABGB.

Zur Aushöhlung der ÖNORM B 2110: Wenn die Auftraggeberin argumentiere, die ÖNORM B 2110 sei keine geeignete Leitlinie, so stelle sich die Frage, weshalb nicht die für Dienstleistungsaufträge geeignete ÖNORM A 2060 zugrunde gelegt worden sei. Auch können entgegen der Ansicht der Auftraggeberin Vertragsbestimmungen der Auftraggeberin auch nicht durch wiederholtes Verwenden über mehrere Jahre zu geeigneten Leitlinien werden. Die Nichtanfechtung mache diese zum einen nicht für die Zukunft bestandfest. Zum anderen müssten geeignete Leitlinien nach hA von objektiver dritter Stelle und dürften nicht von der Auftraggeberin selbst geschaffen werden. Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin liege der Normzweck des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG, anders als jener des Paragraph 97, Absatz 2, BVergG, nicht in der Vereinheitlichung und Standardisierung sondern im Interessenausgleich zur Schaffung eines "ausgewogenen Vertragsverhältnisses". Ein gänzliches oder großflächiges Abgehen von der Leitlinie sei der Auftraggeberin verwehrt. Dabei sei ohne Belang, dass die Auftraggeberin im Einzelfall auf das ABGB und das ZUGB zurückgreife. In der Gesamtschau weiche die Auftraggeberin großflächig zu Ungunsten der Auftragnehmer ab. Prüfungsmaßstab sei nicht nur Paragraph 879, sondern auch Paragraph 864 a, ABGB.

In ihrer Stellungnahme vom 2. April 2014 brachte die Antragstellerin weiter vor, dass es entgegen den Behauptungen der Auftraggeberin nicht richtig sei, dass die Antragstellerin kein "bzw ein äußerst eingeschränktes" rechtliches Interesse an der Nichtigerklärung der Berichtigung habe. Die Auftraggeberin verkenne, dass die angefochtene Berichtigung selbst rechtswidrig sei, weil die Grenze einer zulässigen Berichtigung überschritten werde und dass die Auftraggeberin selbst durch ihre "Klarstellungen" wiederum neue Rechtswidrigkeiten geschaffen habe. Entgegen der Auffassung sei unter Verweis auf Entscheidungen des BVA ein zwingender Widerruf auch vor Ablauf der Angebotsfrist infolge Überschreitung der Grenzen der Berichtigung geboten. Schon aus dem Wortlaut der Bestimmungen der §§ 138 und 139 BVergG folge, dass der Maßstab der Zulässigkeit einer Berichtigung nicht davon abhängig sei, ob sich das Verfahren noch vor Ablauf der Angebotsfrist befinde oder nicht. Dementsprechend werde auch in der Literatur zu den §§ 138 und 139 BVergG nicht unterschieden, in welchem Stadium sich das Vergabeverfahren befinde. Würde man der Ansicht der Auftraggeberin folgen, hätte der zwingende Widerrufsgrund gem § 138 Abs 1 BVergG vor Ablauf der Angebotsfrist keinen Anwendungsbereich. Dem Auftraggeber stehe die Berichtigung - entsprechend den Entscheidungen des BVA - nur zur Beseitigung formaler Fehler zur Verfügung. Diese Rechtsansicht füge sich systematisch auch zu § 325 BVergG. Bei den von der Berichtigung betroffenen Punkten handle es sich nicht um formale Fehler der Ausschreibung, sondern um wesentliche Bestimmungen einer Ausschreibung, die geeignet seien Bieter von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren abzuhalten. Die vorgenommenen Änderungen würden der Ausschreibung einen anderen Inhalt geben und dadurch - zumindest potentiell - den Bieterkreis verändern. Nach der Judikatur des VwGH sei dies bereits der Fall, wenn zumindest die antragstellende Beschwerdeführerin angesprochen werde. Schon aus diesem Grund habe die Antragstellerin ein rechtliches Interesse nicht nur an der Nichtigerklärung der Ausschreibung, sondern auch an der Nichtigerklärung der Berichtigung.

In ihrer Stellungnahme vom 2. April 2014 brachte die Antragstellerin weiter vor, dass es entgegen den Behauptungen der Auftraggeberin nicht richtig sei, dass die Antragstellerin kein "bzw ein äußerst eingeschränktes" rechtliches Interesse an der Nichtigerklärung der Berichtigung habe. Die Auftraggeberin verkenne, dass die angefochtene Berichtigung selbst rechtswidrig sei, weil die Grenze einer zulässigen Berichtigung überschritten werde und dass die Auftraggeberin selbst durch ihre

"Klarstellungen" wiederum neue Rechtswidrigkeiten geschaffen habe. Entgegen der Auffassung sei unter Verweis auf Entscheidungen des BVA ein zwingender Widerruf auch vor Ablauf der Angebotsfrist infolge Überschreitung der Grenzen der Berichtigung geboten. Schon aus dem Wortlaut der Bestimmungen der Paragraphen 138 und 139 BVergG folge, dass der Maßstab der Zulässigkeit einer Berichtigung nicht davon abhängig sei, ob sich das Verfahren noch vor Ablauf der Angebotsfrist befinde oder nicht. Dementsprechend werde auch in der Literatur zu den Paragraphen 138 und 139 BVergG nicht unterschieden, in welchem Stadium sich das Vergabeverfahren befinde. Würde man der Ansicht der Auftraggeberin folgen, hätte der zwingende Widerrufsgrund gem Paragraph 138, Absatz eins, BVergG vor Ablauf der Angebotsfrist keinen Anwendungsbereich. Dem Auftraggeber stehe die Berichtigung - entsprechend den Entscheidungen des BVA - nur zur Beseitigung formaler Fehler zur Verfügung. Diese Rechtsansicht füge sich systematisch auch zu Paragraph 325, BVergG. Bei den von der Berichtigung betroffenen Punkten handle es sich nicht um formale Fehler der Ausschreibung, sondern um wesentliche Bestimmungen einer Ausschreibung, die geeignet seien Bieter von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren abzuhalten. Die vorgenommenen Änderungen würden der Ausschreibung einen anderen Inhalt geben und dadurch - zumindest potentiell - den Bieterkreis verändern. Nach der Judikatur des VwGH sei dies bereits der Fall, wenn zumindest die antragstellende Beschwerdeführerin angesprochen werde. Schon aus diesem Grund habe die Antragstellerin ein rechtliches Interesse nicht nur an der Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung, sondern auch an der Nichtigkeitsklärung der Berichtigung.

Mit Stellungnahme vom 10. April 2014 führte die Antragstellerin aus, dass ihr keine Verletzung der Mitteilungspflicht gemäß § 106 Abs 6 BVergG vorzuwerfen sei, da eine Berichtigung der Ausschreibung vorliegend gar nicht in Betracht gekommen wäre, sondern ein zwingender Widerrufsgrund vorliege. Für die Anwendung des § 106 Abs 6 BVergG bleibe damit kein Raum. Vielmehr versuche die Auftraggeberin die vergaberechtswidrige Ausschreibung durch "Klarstellungen" zu verschleiern. Mit Stellungnahme vom 10. April 2014 führte die Antragstellerin aus, dass ihr keine Verletzung der Mitteilungspflicht gemäß Paragraph 106, Absatz 6, BVergG vorzuwerfen sei, da eine Berichtigung der Ausschreibung vorliegend gar nicht in Betracht gekommen wäre, sondern ein zwingender Widerrufsgrund vorliege. Für die Anwendung des Paragraph 106, Absatz 6, BVergG bleibe damit kein Raum. Vielmehr versuche die Auftraggeberin die vergaberechtswidrige Ausschreibung durch "Klarstellungen" zu verschleiern.

Mit Schriftsatz vom 11. März 2014, eingelangt beim BVwG am 12. März 2014, erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Dr. Claus Casati, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren Weiters wurden am 11. März 2014 die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens übermittelt. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG (CPV-Code 90522000, 45453100, 90722200, 90732300-0, 90522300-5, 90522400-6), welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Die gegenständliche Altlast sei die erste und einzige in Österreich, bei der eine potentielle Gesundheitsgefährdung attestiert worden sei. Schon die Bezeichnung des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. § 30 Z 3 UFG auf Altlast N 53 'Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" sei die im öffentlichen Interesse gelegene besondere Dringlichkeit zu entnehmen. Ergänzend sei von Bedeutung, dass es sich um Arbeiten im privaten Bereich von mehr als 50 Familien handle. Mit Schriftsatz vom 11. März 2014, eingelangt beim BVwG am 12. März 2014, erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Dr. Claus Casati, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren Weiters wurden am 11. März 2014 die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens übermittelt. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG (CPV-Code 90522000, 45453100, 90722200, 90732300-0, 90522300-5, 90522400-6), welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Die gegenständliche Altlast sei die erste und einzige in Österreich, bei der eine potentielle Gesundheitsgefährdung attestiert worden sei. Schon die Bezeichnung des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N 53 'Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" sei die im öffentlichen Interesse gelegene besondere Dringlichkeit zu entnehmen. Ergänzend sei von Bedeutung, dass es sich um Arbeiten im privaten Bereich von mehr als 50 Familien handle.

Im November 2013 habe die Auftraggeberin eine Vorinformation an das EU-Amtsblatt übermittelt (12. November 2013) und am 12. Februar 2014 habe sie die Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe an das EU-Amtsblatt versandt. Am 13. Februar 2014 sei die Bekanntmachung in der Online-Ausgabe des Lieferanzeigers erfolgt. Aufgrund von

Bieteranfragen seien Anfragebeantwortungen und Berichtigungen der Bekanntmachung sowie der Ausschreibungsunterlagen erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist sei vom 14. März 2014, 10.00 Uhr, auf den 4. April 2014, 10.00 Uhr, erstreckt worden.

Mit Stellungnahme vom 13. März 2014 nahm die Auftraggeberin zum gesamten Vorbringen zusammengefasst wie folgt Stellung: Üblich sei es - so wie vom Bundesvergabegesetz vorgesehen (§ 58 Abs 2 und § 106 Abs 6 BVergG) - dass allfällige unklare Regelungen hinterfragt werden und von uns auch entsprechend klargestellt werden würden. Die Antragstellerin habe es allerdings unterlassen, Bieteranfragen an die Auftraggeberin zu stellen. Die Auftraggeberin habe nun den Nachprüfungsantrag zum Anlass genommen, Klarstellungen und Berechtigungen (zweite Berichtigung) vorzunehmen. Diese Berichtigung hätte die Auftraggeberin auch ohne Nachprüfungsantrag vorgenommen, hätte die Antragstellerin diese Fragen an die Auftraggeberin heranzutragen. Der Antragstellerin fehle es in Bezug auf diese Klarstellungen/Berichtigungen am rechtlichen Interesse bzw der Beschwer, was bei der Frage, ob die Antragstellerin auch nur teilweise obsiegt habe, zu berücksichtigen sei. Dies sei nicht der Fall und stehe ihr hierfür daher auch kein Gebührenersatz zu. Mit Stellungnahme vom 13. März 2014 nahm die Auftraggeberin zum gesamten Vorbringen zusammengefasst wie folgt Stellung: Üblich sei es - so wie vom Bundesvergabegesetz vorgesehen (Paragraph 58, Absatz 2 und Paragraph 106, Absatz 6, BVergG) - dass allfällige unklare Regelungen hinterfragt werden und von uns auch entsprechend klargestellt werden würden. Die Antragstellerin habe es allerdings unterlassen, Bieteranfragen an die Auftraggeberin zu stellen. Die Auftraggeberin habe nun den Nachprüfungsantrag zum Anlass genommen, Klarstellungen und Berechtigungen (zweite Berichtigung) vorzunehmen. Diese Berichtigung hätte die Auftraggeberin auch ohne Nachprüfungsantrag vorgenommen, hätte die Antragstellerin diese Fragen an die Auftraggeberin heranzutragen. Der Antragstellerin fehle es in Bezug auf diese Klarstellungen/Berichtigungen am rechtlichen Interesse bzw der Beschwer, was bei der Frage, ob die Antragstellerin auch nur teilweise obsiegt habe, zu berücksichtigen sei. Dies sei nicht der Fall und stehe ihr hierfür daher auch kein Gebührenersatz zu.

Zum Subkriterium "soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals": Dieses sei lediglich ein Subkriterium des mit 12% gewichteten Kriteriums "technische Qualität". Dieses Subkriterium werde von der Jury als Einheit bzw als gesamtheitliche Betrachtung bewertet und nicht weiter in "Subkriterien" unterteilt. Die nähere Beschreibung der Merkmale der sozialen Kompetenz unter

3.6.2.3 diene ausschließlich der besseren Verständlichkeit und der gebotenen Transparenz, was unter sozialer Kompetenz verstanden werde. Die Bewertung der Jury werde selbstverständlich auch verbal begründet; eine gegenteilige Festlegung zum ohnehin dem Bundesvergabegesetz zu entnehmenden Gebot einer verbalen Begründung der Jury sei den Ausschreibungsunterlagen auch nicht zu entnehmen. Auch sollte mit dem Hinweis auf die Anwesenheit der Jurymitglieder lediglich ein Anwesenheitsquorum festgelegt werden. All dies sei nunmehr durch die Klarstellung/Berichtigung vom 10. März 2014 klargestellt worden.

Das gegenständliche Subkriterium der sozialen Kompetenz sei gerade wegen der dargelegten Besonderheit des Projekts von Relevanz. Es handle sich beim Subkriterium der sozialen Kompetenz der angebotenen Schlüsselpersonen unzweifelhaft um ein zulässiges Zuschlagskriterium.

Dieses sei subjektiver Natur. Es komme auf die Wahrnehmung des Verhaltens der Schlüsselpersonen durch den Bewertenden an. Derartige subjektive Zuschlagskriterien seien zulässig. So sehen die Vergaberichtlinien seit jeher (derzeit Art 53 Abs 1 lit a Vergaberichtlinie 2004/18/EG) unter anderen die "Ästhetik" als zulässiges Kriterium. Es sei auch anerkannt, dass derartige subjektive Kriterien durch die Bildung einer Jury bewertet werden können und gerade durch die Bewertung in einer Jury das subjektive Element entsprechend erfasst und objektiviert werden könne. In diesem Sinn entspreche auch die gegenständliche Jury den gesetzlichen Anforderungen. Gerade weil es bei der sozialen Kompetenz auch und vor allem um Subjektives gehe, sei die Jury aus dem Kreis der Betroffenen gebildet worden. Die Jurymitglieder müssten über keine besondere Ausbildung verfügen, um die soziale Kompetenz zu beurteilen. Dazu genüge die allgemeine Lebenserfahrung. Die fachliche Expertise werde durch den in den Ausschreibungsunterlagen ohnehin ausgewiesenen Fachexperten aus dem Bereich Personalcoaching/Arbeitspsychologie beigestellt. Entscheidend sei vielmehr, dass keiner der Jurymitglieder befangen und dass jedes Jurymitglied mit dem konkreten Projekt aktuell und auch im Hinblick auf die zukünftige Auftragsabwicklung in der einen oder anderen Form verbunden sei. Dieses sei subjektiver Natur. Es komme auf die Wahrnehmung des Verhaltens der Schlüsselpersonen durch den Bewertenden an. Derartige subjektive Zuschlagskriterien seien zulässig. So sehen die Vergaberichtlinien seit jeher (derzeit Artikel 53, Absatz eins, Litera a,

Vergaberichtlinie 2004/18/EG) unter anderen die "Ästhetik" als zulässiges Kriterium. Es sei auch anerkannt, dass derartige subjektive Kriterien durch die Bildung einer Jury bewertet werden können und gerade durch die Bewertung in einer Jury das subjektive Element entsprechend erfasst und objektiviert werden könne. In diesem Sinn entspreche auch die gegenständliche Jury den gesetzlichen Anforderungen. Gerade weil es bei der sozialen Kompetenz auch und vor allem um Subjektives gehe, sei die Jury aus dem Kreis der Betroffenen gebildet worden. Die Jurymitglieder müssten über keine besondere Ausbildung verfügen, um die soziale Kompetenz zu beurteilen. Dazu genüge die allgemeine Lebenserfahrung. Die fachliche Expertise werde durch den in den Ausschreibungsunterlagen ohnehin ausgewiesenen Fachexperten aus dem Bereich Personalcoaching/Arbeitspsychologie beigestellt. Entscheidend sei vielmehr, dass keiner der Jurymitglieder befangen und dass jedes Jurymitglied mit dem konkreten Projekt aktuell und auch im Hinblick auf die zukünftige Auftragsabwicklung in der einen oder anderen Form verbunden sei.

Auch der hier angefochtene Bewertungsmodus entspreche dem gebotenen Transparenzerfordernis. Den Bietern werde die Leitlinie bekanntgegeben, anhand derer die Jury die Entscheidung treffe. Ausdrücklich sei festgehalten, dass die Entscheidung auf Basis eines Hearings und standardisierten Fragen/Aufgabenstellungen erfolge und der Bewertungsprozess von einem Fachexperten aus dem Bereich Personalcoaching/Arbeitspsychologie begleitet werde. Eine derartige Methodik (gleich einem Assessment Center) sei eine sachliche Vorgangsweise zur Bewertung eines subjektiven Kriteriums, wie der sozialen Kompetenz. Vor allem werde dadurch dem Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter Rechnung getragen. Die Auftraggeberin habe den ihr bei der Wahl des Zuschlagskriteriums eingeräumten Gestaltungsspielraum nicht überschritten.

Dies treffe auch auf das Zuschlagskriterium "Verwertungsquote" zu. Es stehe der Auftraggeberin zu, zu bestimmen, wieviel an "Mehrqualität" bzw. "Mehrverwertungsquote" ihr eine bessere Bewertung wert sei. Im gegenständlichen Fall sei eine über 50% gelegene Verwertungsquote nicht mehr wert als eine Verwertungsquote von mindestens 50%. Eine derartige Festlegung sei nicht "diskriminierend". Sie verstoße nicht gegen das Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot. Es würden alle Bieter gleich behandelt und sei das Kriterium transparent. Dem durch das Zuschlagskriterium "Verwertungsquote" angestrebten ökologischen Effekt werde durch die Staffelung zwischen 10% bis zu 50% ausreichend Rechnung getragen.

Hinsichtlich des vermeintlichen Ausschlusses der Mehrfachbeteiligung werde mit der Klarstellung der gemeinschaftsrechtlichen Judikatur jedenfalls Rechnung getragen.

Zum Vorwurf der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken: Den Ausschreibungsunterlagen seien alle kalkulationsrelevanten Informationen (Informationsteil, detailliertes Leistungsverzeichnis angelehnt an das standardisierte Leistungsbuch "Siedlungswasserbau", aktuellste Bodengutachten, wie bereits angesprochene Bodengutachten vom August 2013, Planunterlagen, Benützungsvereinbarungen mit den Eigentümern (als Muster) sowie detaillierte "Feldskizzen" und Fotodokumentationen für jede einzelne Liegenschaft, diverse Formblätter, jeweils auf Basis der bisherigen der Antragstellerin bekannten Ausschreibungen, Konzept Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan, Nutzungsvereinbarung mit der VÖR Rübenbauern Vertretungs- und Übernahmeges.m.b.H. betreffend die für die Baustelleneinrichtung vorgesehenen Flächen und chemisch analytische Untersuchungen ESW Consulting Wruss vom 6.12.2013) zu entnehmen. Die Bieter müssten keine eigenen Bodenuntersuchungen vornehmen und auch keine eigenen Vermessungsarbeiten, um ein Angebot zu legen. Vor diesem Hintergrund sei auch der Vorwurf nicht nachzuvollziehen, dass "ein konkretes Bau-Soll und damit der Leistungsumfang nicht entsprechend definiert" wäre.

Die Bestimmungen gemäß 2.7 (Bieteranfragen / Aufklärungen, Warnpflicht des Bieters) bzw. 2.20 (Preisgestaltung), welche sich im Abschnitt A Informationsteil finden, würden ausschließlich den Vergabeprozess und die diesbezüglichen Verpflichtungen des Bieters und des Auftraggebers regeln, nicht jedoch die vertraglichen Rechte und Pflichten nach Auftragserteilung; geschweige denn, dass Risiken für das spätere Vertragsverhältnis überwältigt werden sollten. Im Übrigen sei in der Berichtigung klarstellend festgehalten, dass die Auslegungsregel des § 914 nicht abbedungen werde. Die Bestimmungen gemäß 2.7 (Bieteranfragen / Aufklärungen, Warnpflicht des Bieters) bzw. 2.20 (Preisgestaltung), welche sich im Abschnitt A Informationsteil finden, würden ausschließlich den Vergabeprozess und die diesbezüglichen Verpflichtungen des Bieters und des Auftraggebers regeln, nicht jedoch die vertraglichen Rechte und Pflichten nach Auftragserteilung; geschweige denn, dass Risiken für das spätere Vertragsverhältnis überwältigt werden sollten. Im Übrigen sei in der Berichtigung klarstellend festgehalten, dass die Auslegungsregel des Paragraph 914, nicht abbedungen werde.

In Punkt 7.2. (Zuordnung der Sphäre der Vertragspartner) Abschnitt B der Vertragsbestimmungen komme es zu keiner Verschiebung von Risiken im Widerspruch zur allgemeinen zivilrechtlichen Sphärentheorie (§§ 1168f ABGB). Es sei klar, dass Auftraggeber und Auftragnehmer jeweils für ihre eigenen Rechte und Pflichten einstehen müssten und im Wesentlichen die Abgrenzung den Regelungen zur Gefahrtragung bzw zur Haftung zu entnehmen sei. In Punkt 7.2. (Zuordnung der Sphäre der Vertragspartner) Abschnitt B der Vertragsbestimmungen komme es zu keiner Verschiebung von Risiken im Widerspruch zur allgemeinen zivilrechtlichen Sphärentheorie (Paragraphen 1168 f, ABGB). Es sei klar, dass Auftraggeber und Auftragnehmer jeweils für ihre eigenen Rechte und Pflichten einstehen müssten und im Wesentlichen die Abgrenzung den Regelungen zur Gefahrtragung bzw zur Haftung zu entnehmen sei.

Die Vergabeverfahrensregelungen in 2.7 bzw 2.20 würden im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot bzw das Gebot der Vergleichbarkeit der Angebote und den Grundsatz eines fairen Vergabeverfahrens fordern, dass jeder Bieter selbst die Ausschreibungsunterlagen prüfe und allfällige Unklarheiten im Zuge des Vergabeverfahrens geltend mache und nicht - wie dies bei allgemeinen Bauaufträgen der Fall sein soll - zunächst "billigst kalkuliere und anbiete" und nachträglich Fehler in den Ausschreibungsunterlagen erkenne und darauf Nachträge stütze. Diese in 2.7.2 bzw 2.20 verankerte Überlegung entspreche auch § 106 Abs 6 BVergG iVm § 58 Abs 2 BVergG. Die Vergabeverfahrensregelungen in 2.7 bzw 2.20 würden im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot bzw das Gebot der Vergleichbarkeit der Angebote und den Grundsatz eines fairen Vergabeverfahrens fordern, dass jeder Bieter selbst die Ausschreibungsunterlagen prüfe und allfällige Unklarheiten im Zuge des Vergabeverfahrens geltend mache und nicht - wie dies bei allgemeinen Bauaufträgen der Fall sein soll - zunächst "billigst kalkuliere und anbiete" und nachträglich Fehler in den Ausschreibungsunterlagen erkenne und darauf Nachträge stütze. Diese in 2.7.2 bzw 2.20 verankerte Überlegung entspreche auch Paragraph 106, Absatz 6, BVergG in Verbindung mit Paragraph 58, Absatz 2, BVergG.

Überdies sei den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen, dass die Bieter/Auftragnehmer "das Bodenrisiko und alle Risiken der Erschwerisse aufgrund der Örtlichkeiten der Anrainer" zu tragen hätten.

Die Antragstellerin übersehe, dass der Grundsatz eines fairen Vergabeverfahrens auch den Bietern Pflichten übertrage. Gerade im Hinblick auf die allgemein zivilrechtlich anerkannte culpa in contrahendo und die Warnpflicht eines sachverständigen Auftragnehmers (§ 1168a ABGB) sei die in Punkt 2.7.2 enthaltene Forderung der Überprüfung der Ausschreibungsunterlagen und der allfälligen Geltendmachung von Unklarheiten gerechtfertigt. Die Antragstellerin übersehe, dass der Grundsatz eines fairen Vergabeverfahrens auch den Bietern Pflichten übertrage. Gerade im Hinblick auf die allgemein zivilrechtlich anerkannte culpa in contrahendo und die Warnpflicht eines sachverständigen Auftragnehmers (Paragraph 1168 a, ABGB) sei die in Punkt 2.7.2 enthaltene Forderung der Überprüfung der Ausschreibungsunterlagen und der allfälligen Geltendmachung von Unklarheiten gerechtfertigt.

Die Beschränkung der Ortsbesichtigung erkläre sich aus der Besonderheit des Projekts und dem Umstand, dass hiervon mehr als 50 Familien betroffen seien, die nicht mit allen Bietern konfrontiert werden sollen. Darüber hinaus sei dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung tragend auszuschließen, dass einzelne Bieter durch für den Auftraggeber nicht nachvollziehbare Ermittlungsmethoden vor Ort Sonderkenntnisse erwerben würden. Mit der Klarstellung/Berichtigung vom 10. März 2014 sei zu Punkt 6.2.8.1 Vertragsbestimmungen klargestellt, dass selbstverständlich nur die aus den Ausschreibungsunterlagen bzw der Ortsbesichtigung erkennbaren Erschwerisse einzukalkulieren seien, womit den Anforderungen der ÖNORM (7.1.2) entsprochen werde.

Die diversen Risiken würden ausdrücklich angesprochen, hierzu entsprechende Unterlagen vorgelegt und um Erfassung dieser Kosten in den Preisen ersucht. Dies entspreche der ÖNORM B 2110 (Punkt 7.2.2). Soweit Unterlagen vorgelegt würden und diese zutreffen, seien die diesbezüglichen Risiken überbindbar. Die Bieter hätten diese Risiken nur insoweit zu kalkulieren, als sie den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen seien.

Im Rahmen der Berichtigung sei klargestellt worden, dass die Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung und zum Ausscheiden eines Angebotes nicht eingeschränkt werden sollte, sondern dass mit den Regelungen der Punkte 2.21 und 2.22 festgelegt werden sollte, dass die Preisprüfungspflicht des Auftraggebers keine nachträgliche Irrtumsanfechtung rechtfertige. Der ÖNORM B 2110 sei keine Regelung zur Irrtumsanfechtung zu entnehmen. Auch sei die Irrtumsanfechtung dispositiver Natur und deren Ausschluss nicht sittenwidrig.

Zum Vorwurf der Aushöhlung der ÖNORM B 2110: Betreffend die ausführenden Leistungen der Altlastensanierung habe die Auftraggeberin bereits 28 Vergabeverfahren durchgeführt, denen die gegenständlichen Ausschreibungsgrundlagen -bezogen auf das jeweilige Projekt und auf die jeweils aktuelle Rechtslage - zugrunde

gelegen seien. Die ÖNORM B 2110 als allgemeine Bauvertragsnorm sei nicht geeignet, die sich aus der Abfallbehandlung ergebenden Besonderheiten zu regeln. Zu den Ausschreibungsunterlagen all dieser Vergabeverfahren habe es keinen Nachprüfungsantrag - insbesondere auch nicht durch die auf Altlastensanierung spezialisierte und eine eine vorrangige Stellung einnehmende Antragstellerin - gegeben. In diesem Sinn hätten sich die nunmehr angefochtenen Ausschreibungsunterlagen zu einem Standard und damit zu einer maßgeblichen Leitlinie iSd § 99 Abs 2 BVergG in der Altlastensanierungsbranche entwickelt. Sie seien allen maßgeblichen Bietern, insbesondere auch der Antragstellerin, bestens bekannt und würden von ihnen akzeptiert und selbstverständlich auch kalkulatorisch berücksichtigt. Es könne daher auch nicht von einer "Aushöhlung der ÖNORM B 2110" die Rede sein, sondern von der Entwicklung geeigneter Leitlinien für die Altlastensanierung unter Mitwirkung der beteiligten Verkehrskreise (inkl der Antragstellerin) auf Basis der ÖNORM B 2110. Es seien neben ÖNORMen auch andere allgemeine Vertragsbestimmungen zulässig, die vom Auftraggeber im Allgemeinen entwickelt worden seien und eine Standardisierungsfunktion erfüllen würden. Der Gestaltungsspielraum für Abweichungen von Leitlinien sei entsprechend der Jud des VfGH lediglich durch die Grenze zum Missbrauch bzw Grenze zur Sittenwidrigkeit beschränkt. Die Auftraggeberin weiche hier nicht pauschal von der ÖNORM B 2110 ab. Überdies sei jede Abweichung sachlich im Hinblick auf das gegenständliche Altlastensanierungsprojekt gerechtfertigt. Normzweck des § 99 Abs 2 BVergG sei entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht der des "ausgewogenen Vertragsverhältnisses", sondern jener der "Standardisierung". Der Auftraggeber sei berechtigt, die in den ÖNORMen verankerten Begünstigungen für Auftragnehmer im Vergleich zu den zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen auf den zivilrechtlichen Standard rückzuführen. Darin sei weder eine unzulässige "Aushöhlung der ÖNORM", geschweige denn ein Missbrauch bzw eine Sittenwidrigkeit zu sehen. Die Vertragsbestimmungen hätten sich aber ohnehin zwischen den beteiligten Verkehrskreisen "auf Augenhöhe" entwickelt. Zum Vorwurf der Aushöhlung der ÖNORM B 2110: Betreffend die ausführenden Leistungen der Altlastensanierung habe die Auftraggeberin bereits 28 Vergabeverfahren durchgeführt, denen die gegenständlichen Ausschreibungsgrundlagen -bezogen auf das jeweilige Projekt und auf die jeweils aktuelle Rechtslage - zugrunde gelegen seien. Die ÖNORM B 2110 als allgemeine Bauvertragsnorm sei nicht geeignet, die sich aus der Abfallbehandlung ergebenden Besonderheiten zu regeln. Zu den Ausschreibungsunterlagen all dieser Vergabeverfahren habe es keinen Nachprüfungsantrag - insbesondere auch nicht durch die auf Altlastensanierung spezialisierte und eine eine vorrangige Stellung einnehmende Antragstellerin - gegeben. In diesem Sinn hätten sich die nunmehr angefochtenen Ausschreibungsunterlagen zu einem Standard und damit zu einer maßgeblichen Leitlinie iSd Paragraph 99, Absatz 2, BVergG in der Altlastensanierungsbranche entwickelt. Sie seien allen maßgeblichen Bietern, insbesondere auch der Antragstellerin, bestens bekannt und würden von ihnen akzeptiert und selbstverständlich auch kalkulatorisch berücksichtigt. Es könne daher auch nicht von einer "Aushöhlung der ÖNORM B 2110" die Rede sein, sondern von der Entwicklung geeigneter Leitlinien für die Altlastensanierung unter Mitwirkung der beteiligten Verkehrskreise (inkl der Antragstellerin) auf Basis der ÖNORM B 2110. Es seien neben ÖNORMen auch andere allgemeine Vertragsbestimmungen zulässig, die vom Auftraggeber im Allgemeinen entwickelt worden seien und eine Standardisierungsfunktion erfüllen würden. Der Gestaltungsspielraum für Abweichungen von Leitlinien sei entsprechend der Jud des VfGH lediglich durch die Grenze zum Missbrauch bzw Grenze zur Sittenwidrigkeit beschränkt. Die Auftraggeberin weiche hier nicht pauschal von der ÖNORM B 2110 ab. Überdies sei jede Abweichung sachlich im Hinblick auf das gegenständliche Altlastensanierungsprojekt gerechtfertigt. Normzweck des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG sei entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht der des "ausgewogenen Vertragsverhältnisses", sondern jener der "Standardisierung". Der Auftraggeber sei berechtigt, die in den ÖNORMen verankerten Begünstigungen für Auftragnehmer im Vergleich zu den zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen auf den zivilrechtlichen Standard rückzuführen. Darin sei weder eine unzulässige "Aushöhlung der ÖNORM", geschweige denn ein Missbrauch bzw eine Sittenwidrigkeit zu sehen. Die Vertragsbestimmungen hätten sich aber ohnehin zwischen den beteiligten Verkehrskreisen "auf Augenhöhe" entwickelt.

Mit einer weiteren Stellungnahme vom 27. März 2014 brachte die Auftraggeberin vor, dass die Antragstellerin nicht näher ausführe, worin sie durch diese Berichtigung/Klarstellungen vom 10. März 2014 konkret beschwert sei. Es fehle der Antragstellerin offenbar am rechtlichen Interesse der Nichtigerklärung der gegenständlichen zweiten Berichtigung. Es seien hiermit keine Verschärfungen für die Bieter sondern jeweils dem Nachprüfungsantrag Rechnung tragende Erleichterungen vorgenommen worden. Es sei daher nicht ersichtlich, weshalb die Antragstellerin an der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren gehindert sei. Wenn trotz der Berichtigungen die Ausschreibungsunterlagen weiterhin derart rechtswidrig wären, dass sie für nichtig zu erklären wären, würde dies im

Verfahren zu W139 2003185-1 auszusprechen sein. Hierfür bedürfe es keines erneuten Nachprüfungsantrags. Im Übrigen betreffe die von der Antragstellerin angezogene Judikatur Nachprüfungsverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist. Vor Ablauf der Angebotsfrist könnten aber vermeintliche Rechtswidrigkeiten berichtigt werden. Abgesehen davon verändere keine der von der Auftraggeberin vorgenommenen Berichtigungen den Bieterkreis.

Mit Schriftsatz vom 4. April 2014 führte die Auftraggeberin aus, dass die nunmehr angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen, mit Ausnahme des Zuschlagskriteriums "Soziale Kompetenz", auf einer langjährigen allgemeinen Verkehrsübung im Bereich Altlastensanierung basieren und dies eine sachliche Rechtsfertigung darstelle, welche bei Auslegung der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigen sei.

Im Übrigen lasse § 90 BVergG Berichtigungen der Ausschreibung vor Ablauf der Angebotsfrist ausdrücklich zu. Soweit ein Ausschreibungsmangel berichtigt werden könne, sei ein Widerruf nicht geboten. Die Antragstellerin sei in den von der Auftraggeberin berichtigten Punkten nicht mehr beschwert und habe kein subjektives Interesse daran, dass bereits richtig gestellte Ausschreibungsunterlagen nunmehr widerrufen werden würden. Im Übrigen lasse Paragraph 90, BVergG Berichtigungen der Ausschreibung vor Ablauf der Angebotsfrist ausdrücklich zu. Soweit ein Ausschreibungsmangel berichtigt werden könne, sei ein Widerruf nicht geboten. Die Antragstellerin sei in den von der Auftraggeberin berichtigten Punkten nicht mehr beschwert und habe kein subjektives Interesse daran, dass bereits richtig gestellte Ausschreibungsunterlagen nunmehr widerrufen werden würden.

Zum Subkriterium "Soziale Kompetenz" betonte die Auftraggeberin nochmals, dass dieses entsprechend bezeichnet und gewichtet worden sei, dass es sich um ein zulässiges subjektives Kriterium handle und der Anforderung nach einer "objektiven und einheitlichen Bewertung" durch die festgelegte Bewertungsmethodik (gleiche Fragen/Aufgabenstellungen; begleitet von einem Fachexperten aus dem Bereich Personalcoaching/Betriebspsychologie) und eine ausgewogene Jury entsprochen werde. Das Subkriterium werde ganzheitlich bewertet, ohne dass einzelne der aufgezählten Gesichtspunkte gesondert bewertet werden würden. Da es sich um ein subjektives Kriterium handle, bedinge dies auch eine subjektive Bewertungsmethodik, frei von vorprogrammierten, definierbaren bzw mechanisch anwendbaren Faktoren.

Wenn die Antragstellerin das Kriterium "Soziale Kompetenz" akzeptiere, so gestehe sie damit indirekt zu, dass sie auch verstehe, was unter "sozialer Kompetenz" zu verstehen sei. Absolut unverständlich sei, dass die Antragstellerin die Kompetenz zur Beurteilung dieses Kriteriums aberkenne.

Die verfassungskonforme Interpretation des § 99 Abs 2 BVergG habe zur Folge, dass lediglich ein machtmisbräuchliches Abweichen von geeigneten Leitlinien rechtswidrig sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da die beteiligten Verkehrskreise bei der Gestaltung der Vertragsbestimmungen mitgewirkt hätten, die Abweichungen sachlich gerechtfertigt seien (was im Vergabeakt ausführlich dargelegt sei) und bloß auf das ABGB bzw UGB rückgeführt würden. Unrichtig sei, dass die Auftraggeberin ausschließlich zu ihren Gunsten von der ÖNORM abgewichen sei. Die vorgesehene Teilübernahme wirke zu Gunsten der Auftragnehmer. Die verfassungskonforme Interpretation des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG habe zur Folge, dass lediglich ein machtmisbräuchliches Abweichen von geeigneten Leitlinien rechtswidrig sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da die beteiligten Verkehrskreise bei der Gestaltung der Vertragsbestimmungen mitgewirkt hätten, die Abweichungen sachlich gerechtfertigt seien (was im Vergabeakt ausführlich dargelegt sei) und bloß auf das ABGB bzw UGB rückgeführt würden. Unrichtig sei, dass die Auftraggeberin ausschließlich zu ihren Gunsten von der ÖNORM abgewichen sei. Die vorgesehene Teilübernahme wirke zu Gunsten der Auftragnehmer.

Weiters werde betont, dass die Leistung der Altlastensanierung mit einer "üblichen" Bauleistung nicht gleichgesetzt werden könne und eine Spezialität und Besonderheit aufweise (Unterschiede in der Kontamination [Intensität, Tiefe, Zusammensetzung], Sicherheitsvorkehrungen, Beweissicherungsmaßnahmen, Lage der Standorte), die eine Anwendung von speziellen Regelungen bei der Leistungsausführung erfordern würden. Die Leistung der Altlastensanierung sei insgesamt als Dienstleistung qualifiziert worden, doch seien auch zahlreiche Bautätigkeiten wichtige uns sensible Teile des Sanierungsauftrages, weswegen die ÖNOM B2110 als Grundlage für die Vertragsbestimmungen herangezogen und jeweils auf die Besonderheiten der Altlastensanierung angepasst worden sei.

Im Übrigen würden, wie bereits klargestellt worden sei, Umstände, mit denen unter den genannten Bedingungen nicht habe gerechnet werden können, nicht in die Risikosphäre des Bieters/Auftragnehmers fallen. Dies gelte insbesondere für Fehler bzw Unvollständigkeiten in den Unterlagen des Auftraggebers.

Mit Stellungnahme vom 7. April 2014 verwies die Auftraggeberin abermals auf das ihrer Ansicht nach hinsichtlich der Anfechtung der zweiten Berichtigung fehlende rechtliche Interesse. Den vermeintlichen Zwang zum Widerruf trotz erfolgter teilweiser Berichtigung/Klarstellung könne die Antragstellerin sowieso im Nachprüfungsverfahren W 139 2003185-1 geltend machen und habe dies dort auch geltend gemacht. Eine nochmalige Geltendmachung in einem gesonderten Nachprüfungsverfahren sei unzulässig.

Dem BVergG sei ausdrücklich ein Fehlerkalkül zu entnehmen. Nicht jeder Vergabeverstoß habe automatisch den Widerruf bzw die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung zur Folge. Vor Ablauf der Angebotsfrist ist dies anders zu beurteilen, als nach Ablauf der Angebotsfrist. In diesem Sinn würden sich auch die Gründe für den zwingenden Widerruf gem den §§ 138 und 139 BVergG unterscheiden. Vor Ablauf der Angebotsfrist reduziere sich dies in concreto darauf, ob es zu einer "inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte". Im Hinblick auf das Transparenzgebot bzw Gleichbehandlungsgebot ist dies so zu verstehen, dass sich der Anbieterkreis wesentlich verändere. Maßstab sei hierfür die Bekanntmachung. Danach würden sich potentielle Interessenten orientieren. Die Bekanntmachung habe sich im gegenständlichen Fall inhaltlich nicht geändert. Die Änderungen würden lediglich Regelungen auf Ebene der Ausschreibungsunterlagen betreffen. Hierüber seien alle Interessenten in Kenntnis gesetzt worden. Weder der Grundsatz der Transparenz noch der Grundsatz der Gleichbehandlung noch eine sonstige vergaberechtliche Bestimmung würden dadurch verletzt, dass die Bieter hierüber erst im Wege der Berichtigung informiert worden seien. Im Übrigen sei auch die Angebotsfrist verlängert worden. Dem BVergG sei ausdrücklich ein Fehlerkalkül zu entnehmen. Nicht jeder Vergabeverstoß habe automatisch den Widerruf bzw die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung zur Folge. Vor Ablauf der Angebotsfrist ist dies anders zu beurteilen, als nach Ablauf der Angebotsfrist. In diesem Sinn würden sich auch die Gründe für den zwingenden Widerruf gem den Paragraphen 138 und 139 BVergG unterscheiden. Vor Ablauf der Angebotsfrist reduziere sich dies in concreto darauf, ob es zu einer "inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte". Im Hinblick auf das Transparenzgebot bzw Gleichbehandlungsgebot ist dies so zu verstehen, dass sich der Anbieterkreis wesentlich verändere. Maßstab sei hierfür die Bekanntmachung. Danach würden sich potentielle Interessenten orientieren. Die Bekanntmachung habe sich im gegenständlichen Fall inhaltlich nicht geändert. Die Änderungen würden lediglich Regelungen auf Ebene der Ausschreibungsunterlagen betreffen. Hierüber seien alle Interessenten in Kenntnis gesetzt worden. Weder der Grundsatz der Transparenz noch der Grundsatz der Gleichbehandlung noch eine sonstige vergaberechtliche Bestimmung würden dadurch verletzt, dass die Bieter hierüber erst im Wege der Berichtigung informiert worden seien. Im Übrigen sei auch die Angebotsfrist verlängert worden.

Mit einem weiteren Schriftsatz vom 16. April 2014 betonte die Auftraggeberin neuerlich, dass absolut keine Gründe iSd § 138 BVergG vorhanden seien, die einen verpflichtenden Widerruf gebieten würden. Die Berichtigungen würden ausschließlich Bestimmungen betreffen, die Teil der Ausschreibungsunterlagen gewesen seien; nicht jedoch der Bekanntmachung. Damit sei gewährleistet, dass niemand durch die ersten (berichtigten) Ausschreibungsunterlagen abgeschreckt werden habe können. Zur Bereinigung punktueller Unklarheiten der Ausschreibungsunterlage sei somit für die Auftraggeberin als einzig rechtmäßiger Weg die Berichtigung und Klarstellung der Ausschreibungsunterlage möglich gewesen. Mit einem weiteren Schriftsatz vom 16. April 2014 betonte die Auftraggeberin neuerlich, dass absolut keine Gründe iSd Paragraph 138, BVergG vorhanden seien, die einen verpflichtenden Widerruf gebieten würden. Die Berichtigungen würden ausschließlich Bestimmungen betreffen, die Teil der Ausschreibungsunterlagen gewesen seien; nicht jedoch der Bekanntmachung. Damit sei gewährleistet, dass niemand durch die ersten (berichtigten) Ausschreibungsunterlagen abgeschreckt werden habe können. Zur Bereinigung punktueller Unklarheiten der Ausschreibungsunterlage sei somit für die Auftraggeberin als einzig rechtmäßiger Weg die Berichtigung und Klarstellung der Ausschreibungsunterlage möglich gewesen.

Am 30. April 2014 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Ergänzend brachte die Antragstellerin vor, die Auftraggeberin habe die Berichtigung nicht bekannt gemacht. Dies stelle einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar. Die Antragstellerin entgegnete, dass die Berichtigung bzw Klarstellung den Inhalt der EU-weiten Bekanntmachung nicht berühre, sodass eine Berichtigung der Bekanntmachung nicht erfolgen habe müssen. Allen Interessenten sei allerdings die Berichtigung übermittelt worden.

Zum Subkriterium "Soziale Kompetenz" führte die Auftraggeberin aus, dass sie darunter, wie dies auch den Ausschreibungsunterlagen entnommen werden könne, Kommunikationsfähigkeit, Konflikt- bzw. Kritikfähigkeit bzw. Konfliktlösungskompetenz und emotionale Stabilität verstehe. Es gebe keine allgemein gültige Definition für soziale Kompetenz. Es handle sich um ein Bündel von Verhaltenskomponenten. Die in der Ausschreibung verwendeten Begriffe würden genau das für die hier gegebene Situation notwendige Verhaltensbündel darstellen und als Einheit beurteilt werden. Die Auftraggeberin habe diese Begriffsdefinitionen aber nicht wie Prof. Dr. Holtz als in aufsteigendem Schwierigkeitsgrad stehend angesehen. Die den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmende Definition der sozialen Kompetenz sei ein Fachbegriff, den die Auftraggeberin aus der Fachliteratur entnommen habe. Zu dem Zwecke werde auch bei der Bewertung dieses Kriteriums die Fachexpertin, XXXX, das Hearing moderieren bzw. die Jury unterstützen. Moderation durch XXXX bedeute, dass diese das Meeting führend leite, um einerseits die Struktur zu garantieren, damit der Ablauf für jeden Kandidaten gleich sei, sich die Jury-Mitglieder auf das Wahrnehmen und Beobachten konzentrieren könnten und letztendlich im Resümee eine Vergleichbarkeit gegeben sei. Jeder Kandidat habe 25 Minuten zur Präsentation vor der Jury, wobei 10 Minuten für die Selbstpräsentation des Lebenslaufes und die verbleibende Zeit von 15 Minuten für alle Kandidaten gleichlautende Fragen geplant seien. Die Fragen seien darauf abgestimmt, was für die Auftraggeberin im Projekt soziale Kompetenz bedeute und wie man diese erkenne. Der Lebenslauf werde nicht im Hinblick auf die Berufserfahrung und Qualifikation sondern im Hinblick auf dessen Präsentation geprüft. Die Lebensläufe würden vorab analysiert, um sich ein Bild der betreffenden Person zu machen und anhand der demographischen Daten eine Hintergrundinformation in Richtung soziale Kompetenz zu erwerben. Jeder könne situationsspezifisch und aufgrund seines Erfahrungsschatzes soziale Kompetenz wahrnehmen. Es bedürfe hierfür keiner besonderen fachlichen Ausbildung. Vorliegend bringe jedes Mitglied der Jury situationsspezifische Erfahrung mit diesem Projekt mit. Die Mitglieder der Jury würden aber nicht über eine einschlägige psychologische bzw. pädagogische Ausbildung verfügen. Um aber im Ergebnis eine gewisse Vergleichbarkeit zu erreichen, finde etwa eine Woche vor dem Hearing eine halbtägige Beobachtereinschulung der Jury-Mitglieder als Vorbereitung auf das Hearing statt. Zum genauen Ablauf der Vorbereitung und der Durchführung des Hearings und der Bewertung legte die Auftraggeberin eine zusammenfassende Darstellung von Frau XXXX vor, welche diese in der mündlichen Verhandlung näher erläuterte. Die Begriffsdefinition sei durch die Auftraggeberin ausgearbeitet und mit Frau XXXX abgestimmt worden. Frau XXXX habe die Bewertungsskala nicht festgelegt. Man habe das Schulnotensystem herangezogen, sodass nicht nur eine Ja- oder Nein-Situation gegeben sei. Es handle sich um ein subjektives Kriterium, das nicht programmatisch im Vorfeld festgelegt werden könne. Es lasse sich objektivieren, wenn jemand sozial inkompetent sei. Es könnten auch einzelne Punkte vergeben werden, um insofern auch Zwischennoten zu ermöglichen. Da eine verbale Begründung notwendig sei, bedeute das z.B. bei 33 Punkten es liege eine sehr gutes Befriedigend vor, das gerade noch kein Gut sei. In der Ausschreibung sei nicht festgelegt, wie im Falle von Stimmengleichheit vorgegangen werde. In einem solchen Fall würde man so lange diskutieren, bis man eine Mehrheitsentscheidung treffen könne. Es sei aber auch nicht anzunehmen, dass die Kommission nicht vollständig sei. Mehrstimmigkeit bedeute sowohl bei Anwesenheit von 4 als auch von 5 Jury-Mitgliedern, dass die Mehrheit der Stimmen, sohin 3 Stimmen, für einen Kandidaten abgegeben werden. Zum Subkriterium "Soziale Kompetenz" führte die Auftraggeberin aus, dass sie darunter, wie dies auch den Ausschreibungsunterlagen entnommen werden könne, Kommunikationsfähigkeit, Konflikt- bzw. Kritikfähigkeit bzw. Konfliktlösungskompetenz und emotionale Stabilität verstehe. Es gebe keine allgemein gültige Definition für soziale Kompetenz. Es handle sich um ein Bündel von Verhaltenskomponenten. Die in der Ausschreibung verwendeten Begriffe würden genau das für die hier gegebene Situation notwendige Verhaltensbündel darstellen und als Einheit beurteilt werden. Die Auftraggeberin habe diese Begriffsdefinitionen aber nicht wie Prof. Dr. Holtz als in aufsteigendem Schwierigkeitsgrad stehend angesehen. Die den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmende Definition der sozialen Kompetenz sei ein Fachbegriff, den die Auftraggeberin aus der Fachliteratur entnommen habe. Zu dem Zwecke werde auch bei der Bewertung dieses Kriteriums die Fachexpertin, römisch 40, das Hearing moderieren bzw. die Jury unterstützen. Moderation durch römisch 40 bedeute, dass diese das Meeting führend leite, um einerseits die Struktur zu garantieren, damit der Ablauf für jeden Kandidaten gleich sei, sich die Jury-Mitglieder auf das Wahrnehmen und Beobachten konzentrieren könnten und letztendlich im Resümee eine Vergleichbarkeit gegeben sei. Jeder Kandidat habe 25 Minuten zur Präsentation vor der Jury, wobei 10 Minuten für die Selbstpräsentation des Lebenslaufes und die verbleibende Zeit von 15 Minuten für alle Kandidaten gleichlautende Fragen geplant seien. Die Fragen seien darauf abgestimmt, was für die Auftraggeberin im Projekt soziale Kompetenz bedeute und wie man diese erkenne. Der Lebenslauf werde nicht im Hinblick auf die Berufserfahrung und

Qualifikation sondern im Hinblick auf dessen Präsentation geprüft. Die Lebensläufe würden vorab analysiert, um sich ein Bild der betreffenden Person zu machen und anhand der demographischen Daten eine Hintergrundinformation in Richtung soziale Kompetenz zu erwerben. Jeder könne situationsspezifisch und aufgrund seines Erfahrungsschatzes soziale Kompetenz wahrnehmen. Es bedürfe hierfür keiner besonderen fachlichen Ausbildung. Vorliegend bringe jedes Mitglied der Jury situationsspezifische Erfahrung mit diesem Projekt mit. Die Mitglieder der Jury würden aber nicht über eine einschlägige psychologische bzw pädagogische Ausbildung verfügen. Um aber im Ergebnis eine gewisse Vergleichbarkeit zu erreichen, finde etwa eine Woche vor dem Hearing eine halbtägige Beobachtereinschulung der Jury-Mitglieder als Vorbereitung auf das Hearing statt. Zum genauen Ablauf der Vorbereitung und die Durchführung des Hearings und der Bewertung legte die Auftraggeberin eine zusammenfassende Darstellung von Frau römisch 40 vor, welche diese in der mündlichen Verhandlung näher erläuterte. Die Begriffsdefinition sei durch die Auftraggeberin ausgearbeitet und mit Frau römisch 40 abgestimmt worden. Frau römisch 40 habe die Bewertungsskala nicht festgelegt. Man habe das Schulnotensystem herangezogen, sodass nicht nur eine Ja- oder Nein-Situation gegeben sei. Es handle sich um ein subjektives Kriterium, das nicht programmatisch im Vorfeld festgelegt werden könne. Es lasse sich objektivieren, wenn jemand sozial inkompetent sei. Es könnten auch einzelne Punkte vergeben werden, um insofern auch Zwischennoten zu ermöglichen. Da eine verbale Begründung notwendig sei, bedeute das z.B. bei 33 Punkten es liege eine sehr gutes Befriedigend vor, das gerade noch kein Gut sei. In der Ausschreibung sei nicht festgelegt, wie im Falle von Stimmengleichheit vorgegangen werde. In einem solchen Fall würde man so lange diskutieren, bis man eine Mehrheitsentscheidung treffen könne. Es sei aber auch nicht anzunehmen, dass die Kommission nicht vollständig sei. Mehrstimmigkeit bedeute sowohl bei Anwesenheit von 4 als auch von 5 Jury-Mitgliedern, dass die Mehrheit der Stimmen, sohin 3 Stimmen, für einen Kandidaten abgegeben werden.

Das Subkriterium "Verwertungsquote" sei nach den Angaben der Auftraggeberin nicht auf einen bestimmten Bieter zugeschnitten. Im Sinne der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sei die Auftraggeberin nicht bereit, für eine über 50 Prozent liegende Verwertungsquote einen teureren Preis zu akzeptieren.

Die ÖNORM B 2110 sei für die Auftraggeberin keine geeignete Leitlinie iSd BVergG. Die vorliegenden Vertragsbestimmungen würden im Kern seit Existenz der BALSA verwendet. Die Vertragsbestimmungen der BALSA seien nicht allgemein zugänglich, aber den betroffenen Fachkreisen bekannt. Neben dem Dokument "Begründung Vertragsbestimmungen" gebe es keine weitergehenden Ausführungen zu den Abweichungen von der ÖNORM B 2110. Die Begründungspflicht sei nicht zu überspannen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei das Bausoll klar definiert. Es ergebe sich aus dem Leistungsverzeichnis, den Plänen, der Fotodokumentation und der Leistungsbeschreibung. Soweit dem Bausoll Erschwernisse zu entnehmen seien, so seien diese einzukalkulieren, andernfalls rechtfertige dies Mehrkostenforderungen.

Die Antragstellerin nahm im Rahmen der mündlichen Verhandlung Einsicht in das Dokument "Begründung Vertragsbestimmungen" und führte aus, dass diese Ausführungen nicht den gesetzlichen Anforderungen an eine sachliche Begründung entsprechen würden. Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin könne die Antragstellerin im Rahmen der Beschwerdepunkte liegende Rechtswidrigkeitsgründe, so auch die Verletzung der Begründungspflicht, immer geltend machen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Festgestellter Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel):

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der Bezug nehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens, aufgrund von Internetrecherchen

(paedpsych.jk.uni-linz.ac.at/paedpsych/SOZIALEKOMPETENZ;

[othes.univie.ac.at/7796/1/2009-11-10_0202222.pdf;](http://othes.univie.ac.at/7796/1/2009-11-10_0202222.pdf)

<http://psychologie-news.stangl.eu/143/soziale-kompetenz;>

kups.ub.uni-koeln.de/4893/1/EndfassungKurzformat_PDF.pdf) sowie aufgrund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vom 30. April 2014 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Den Leistungsgegenstand des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens bildet die Durchführung von Sofortmaßnahmen gemäß § 30 Z 3 UFG auf Altlast N 53 "Teerfabrik Rütgers - Angern" in der KG Angern (Versendung an das Amtsblatt der Europäischen Union am 12. Februar 2014, nationale Erkennungsnummer L-543570-429).

Auftraggeberin ist die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (BALSA GmbH). Diese Sofortmaßnahmen sollen in Form eines Bodenaustausches (bis 50cm unter GOK) der am stärksten kontaminierten Bereiche im Oberboden erfolgen. Ziel der Sofortmaßnahmen ist es, dass in Verbindung mit dem bestehenden Nutzungsverbot des Grundwassers seit 2012 nachteilige Wirkungen auf die Gesundheit von Menschen ausgeschlossen werden können (1.2.6. Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen). Den Leistungsgegenstand des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens bildet die Durchführung von Sofortmaßnahmen gemäß Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N 53 "Teerfabrik Rütgers - Angern" in der KG Angern (Versendung an das Amtsblatt der Europäischen Union am 12. Februar 2014, nationale Erkennungsnummer L-543570-429). Auftraggeberin ist die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (BALSA GmbH). Diese Sofortmaßnahmen sollen in Form eines Bodenaustausches (bis 50cm unter GOK) der am stärksten kontaminierten Bereiche im Oberboden erfolgen. Ziel der Sofortmaßnahmen ist es, dass in Verbindung mit dem bestehenden Nutzungsverbot des Grundwassers seit 2012 nachteilige Wirkungen auf die Gesundheit von Menschen ausgeschlossen werden können (1.2.6. Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen).

Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt. Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert EUR 8,17 Mio (exkl. USt). Das Ende der Angebotsfrist wurde mit der ersten Berichtigung vom 14. März 2014, 10.00 Uhr, auf den 4. April 2014, 10.00 Uhr, erstreckt.

Gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit sowie in eventu gegen einzelne Ausschreibungsfestlegungen brachte die XXXX am 6. März 2014 einen Nachprüfungsantrag ein. Das Verfahren wird beim Bundesverwaltungsgericht unter der GZ W139 2003185-1 geführt. Mit Bescheid vom 20. März 2014, W139 2003185-11E, erließ das Bundesverwaltungsgericht eine einstweilige Verfügung, mit der der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wurde. Gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit sowie in eventu gegen einzelne Ausschreibungsfestlegungen brachte die römisch 40 am 6. März 2014 einen Nachprüfungsantrag ein. Das Verfahren wird beim Bundesverwaltungsgericht unter der GZ W139 2003185-1 geführt. Mit Bescheid vom 20. März 2014, W139 2003185-11E, erließ das Bundesverwaltungsgericht eine einstweilige Verfügung, mit der der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wurde.

Am 10. März 2014 nahm die Auftraggeberin eine zweite Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung vor. Gegen diese brachte die XXXX am 20. März 2014 einen weiteren Nachprüfungsantrag ein. Dieses Verfahren wird zur GZ W139 2005967-1 geführt. Am 10. März 2014 nahm die Auftraggeberin eine zweite Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung vor. Gegen diese brachte die römisch 40 am 20. März 2014 einen weiteren Nachprüfungsantrag ein. Dieses Verfahren wird zur GZ W139 2005967-1 geführt.

In der mündlichen Verhandlung vom 30. April 2014 wurden die Nachprüfungsverfahren W139-2003185-1 und W139-2005967-1 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Die maßgeblichen Ausschreibungsbestimmungen lauten auszugsweise wie folgt:

Informationsteil - Ausschreibungsunterlagen für die Einreichung eines Angebotes:

"3.6 Zuschlagskriterien / Bewertungsverfahren

Bei der Bewertung der Angebote in diesem Vergabeverfahren wird neben dem Preis auch die Qualität gewertet. Der Zuschlag wird dem jeweils technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nach folgenden Kriterien erteilt:

Kriterium Gewichtung ungewichtete Punkte gewichtete Punkte

Preis (bereinigt um die AISAG Beträge) 70% 400 280

Technische Qualität 12% 400 48

Verwertungsquote 12% 400 48

Umweltgerechtigkeit 6% 400 24

SUMME 100% 1.600 400

...

3.6.2 Kriterium "Technische Qualität"

In diesem Kriterium wird die besondere Fachkunde der für die Realisierung des gegenständlichen Projekts angebotenen Schlüsselpersonen "Projektleiter bzw. Bauleiter" und "Polier" sowie deren soziale Kompetenz bewertet. ...

3.6.2.3 Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals (Projektleiter bzw. Bau-leiter und Polier)

Im Hinblick auf die Sensibilität des gegenständlichen Projekts vor Ort, insbesondere die Notwendigkeit der außergewöhnlichen Berücksichtigung der Interessen der Bewohner vor Ort und der Fähigkeit mit den Bewohnern vor Ort umgehen zu können, wird die soziale Kompetenz des Projektleiters bzw. Bauleiters und Poliers durch eine Jury bestehend aus XXXX bewertet. Im Hinblick auf die Sensibilität des gegenständlichen Projekts vor Ort, insbesondere die Notwendigkeit der außergewöhnlichen Berücksichtigung der Interessen der Bewohner vor Ort und der Fähigkeit mit den Bewohnern vor Ort umgehen zu können, wird die soziale Kompetenz des Projektleiters bzw. Bauleiters und Poliers durch eine Jury bestehend aus römisch 40 bewertet.

Unter sozialer Kompetenz verstehen wir

1. Ausdruck: Kann sich verständlich machen, kann eigenes Wissen, Meinungen und Wünsche einbringen;
2. Empfang: Kann zuhören, andere Gruppenmitglieder beobachten, Ereignisse und gruppen-dynamische Prozesse wahrnehmen;
3. Offenheit: Ist offen für Anregungen, kann Kritik akzeptieren, ist bereit, sich mit anderen aus-einanderzusetzen;
4. Kooperation: Kann eigene Handlungsmöglichkeiten erkennen und wahrnehmen, kann sich auf Handlungen von anderen einstellen und sich anpassen;
5. Gestaltung: Kann Beziehungen aufnehmen und gestalten, sich in einer Gruppe zurechtfinden, situationsadäquat kritisieren, eine Lernsequenz oder ein Gespräch leiten, verhält sich angemessen in gruppendynamischen Prozessen;
6. Identifikation: Kann sich auf andere einstellen und Konflikte situationsgerecht angehen, behält eine gute Balance zwischen Engagement und Abgrenzung, hat ein Bewusstsein über die eigenen Möglichkeiten und Grenzen

Die Bewertung erfolgt im Hinblick auf diese Definition von "sozialer Kompetenz" als Kollegial-entscheidung nach dem einfachen Mehrstimmigkeitsprinzip. Die Jury muss nicht vollständig anwesend sein. Die Entscheidung erfolgt auf Basis eines 25 minütigen getrennten Hearings des Projektleiters bzw. Bauleiters und Poliers unter Ausschluss weiterer Begleitpersonen des Projektleiters bzw. Bauleiters und Poliers, über das ein einfaches Ergebnisprotokoll erstellt wird. Das Hearing wird von einem Fachexperten aus dem Bereich Personalcoaching / Arbeitspsychologie begleitet und werden zu diesem Zweck zielgerichtet formulierte Fragen / Aufgabenstellungen dem Projektleiter bzw. Bauleiter und Polier gestellt, wobei jeder Kandidat mit den gleichen Fragen / Aufgabenstellungen konfrontiert wird. Abhängig vom Inhalt und der Artikulation der Antworten vergibt die Jury zwischen 0 ungewichteten Punkten ("unzureichend sozial kompetent") und 100 ungewichteten Punkten ("optimal - höchst sozial kompetent"). Ausgangspunkt ist eine hohe Erwartungshaltung, sodass die soziale Kompetenz mit zunehmender Annäherung an das "Optimum" progressiv bewertet wird. In diesem Sinn werden die ungewichteten Punkte wie folgt vergeben, wobei auch ganze ungewichtete Punkte vergeben werden können, die zwischen den folgenden Kategorien liegen:

- 0 ungewichtete Punkte unzureichend sozial kompetent
- 1 ungewichteter Punkt gerade noch ausreichend sozial kompetent
- 10 ungewichtete Punkte ausreichend sozial kompetent
- 20 ungewichtete Punkte gerade noch durchschnittlich sozial kompetent
- 30 ungewichtete Punkte durchschnittlich sozial kompetent
- 40 ungewichtete Punkte gerade noch gut sozial kompetent
- 50 ungewichtete Punkte gut sozial kompetent
- 60 ungewichtete Punkte überdurchschnittlich gut sozial kompetent
- 70 ungewichtete Punkte gerade noch sehr gut sozial kompetent
- 80 ungewichtete Punkte sehr gut sozial kompetent
- 90 ungewichtete Punkte überdurchschnittlich sehr gut sozial kompetent
- 100 ungewichtete Punkte Optimal - höchst sozial kompetent

Die Bieter sind verpflichtet einen Projektleiter bzw. Bauleiter und einen Polier anzubieten, die zumindest "gerade noch

ausreichend sozial kompetent" im Sinn der obigen Skala sind. Sollte der Bieter einen Projektleiter bzw. Bauleiter und einen Polier anbieten, der "unzureichend sozial kompetent" ist, ist das Angebot des Bieters wegen Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG zwingend auszuschneiden. Ein Austausch des Projektleiters bzw. Bauleiters und des Poliers ist ausgeschlossen. Die Bieter sind verpflichtet einen Projektleiter bzw. Bauleiter und einen Polier anzubieten, die zumindest "gerade noch ausreichend sozial kompetent" im Sinn der obigen Skala sind. Sollte der Bieter einen Projektleiter bzw. Bauleiter und einen Polier anbieten, der "unzureichend sozial kompetent" ist, ist das Angebot des Bieters wegen Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zwingend auszuschneiden. Ein Austausch des Projektleiters bzw. Bauleiters und des Poliers ist ausgeschlossen.

Maximal mögliche Punktzahl für Projektleiter bzw. Bauleiter sind 100 Punkte.

Maximal mögliche Punktzahl für Polier sind 100 Punkte.

3.6.2.4 Vereinfachte Bewertung der sozialen Kompetenz Projektleiter/Bauleiter und Polier

Die soziale Kompetenz Projektleiter/Bauleiter und die soziale Kompetenz Polier (sh. Punkt 3.6.2.3) werden erst nach einer vorläufigen Bewertung der Angebote zu den übrigen Zuschlagskriterien bewertet. Sollte nach dieser vorläufigen Bewertung der Angebote zu den übrigen Zuschlagskriterien es ausgeschlossen bzw. unmöglich sein, dass Angebote auch unter der Annahme, dass sie zu den Kriterien soziale Kompetenz Projektleiter/Bauleiter und soziale Kompetenz Polier (Pkt. 3.6.2.3) die höchste Punktzahl (d.h. jeweils 100 ungewichtete Punkte) erhalten, das "Bestangebot" sind, entfällt für diese Angebote bzw. deren Bieter das Hearing der Schlüsselpersonen "Projektleiter/Bauleiter" und "Polier". Ihre soziale Kompetenz wird vorläufig formal mit jeweils "100 Punkte" bewertet, ohne dass ein Hearing und eine inhaltliche Bewertung erfolgt. Diese vorläufige formale Bewertung kann nachträgliche durch eine inhaltliche Bewertung nach einem Hearing der Schlüsselpersonen ersetzt werden, wenn sich im Zuge der fortgesetzten Angebotsprüfung herausstellen sollte, dass - wider Erwarten - das Angebot als Bestangebot doch in Frage kommt."

Die zweite Berichtigung vom 10. März 2014, welche sämtlichen Unternehmen, welche bis zu diesem Zeitpunkt die Ausschreibungsunterlagen angefordert haben, bekannt gegeben wurde, lautet auszugsweise:

Punkt 3.6.2.3 und 3.6.2.4 der Ausschreibungsunterlage "Informationsteil" (Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals (Projektleiter bzw. Bauleiter und Polier)) wird wie folgt klargestellt:

Die 6 aufgezählten Begriffe "Ausdruck", "Empfang", "Offenheit", "Kooperation", "Gestaltung" und "Identifikation" beschreiben ausschließlich unser Verständnis des Zuschlagskriteriums "soziale Kompetenz". Sie sind keine Sub-Sub-Kriterien und werden zueinander auch nicht gewichtet. Die Bewertung der sozialen Kompetenz des Projektleiters bzw. Bauleiters und der sozialen Kompetenz des Poliers erfolgt gesamtheitlich in Bezug auf "soziale Kompetenz und nicht gesondert hinsichtlich der aufgezählten sechs Begriffsmerkmale, die die soziale Kompetenz beschreiben. Die ziffernmäßige Bewertung der Jury wird selbstverständlich verbal begründet. An der Bewertung der sozialen Kompetenz des Projektleiters bzw. Bauleiters bzw. Poliers wirken nur jene genannten Jurymitglieder mit, die beim Hearing tatsächlich anwesend waren. In diesem Sinn ist die Regelung "die Jury muss nicht vollständig anwesend sein" dahin zu verstehen, dass das Anwesenheitsquorum zwar nicht 100% ist (ergänzend wird festgelegt, dass aber zumindest 4 Personen anwesend sein müssen), aber selbstverständlich nur die Jurymitglieder bewerten, die am Hearing anwesend waren."

Mehrfach ist im Internet eine Begriffsdefinition für "Soziale Kompetenz" nach Prof. Dr. paed. Dipl.-Psych. Karl-Ludwig Holtz (Quelle: 1994, Geistige Behinderung und soziale Kompetenz; 1995, Heidelberger-Kompetenz-Inventar für geistig Behinderte) zu finden, wonach diese durch die von der Auftraggeberin verwendeten Begriffe mit deren wortgleicher Umschreibung definiert wird, wobei sich diese Begriffe nach Holtz in einem aufsteigenden Schwierigkeitsgrad befinden.

Die Definition des Begriffes "Soziale Kompetenz" wurde von der Auftraggeberin ausgearbeitet und mit Frau XXXX abgestimmt. Das Bewertungsschema wurde nicht von Frau XXXX festgelegt. Frau XXXX studierte Betriebswirtschaft (Schwerpunkt Arbeits- und Wirtschaftspsychologie) und ist ausgebildeter systemischer Coach und ausgebildete systemische Trainerin. Die Definition des Begriffes "Soziale Kompetenz" wurde von der Auftraggeberin

ausgearbeitet und mit Frau XXXXabgestimmt. Das Bewertungsschema wurde nicht von Frau römisch 40 festgelegt. Frau römisch 40 studierte Betriebswirtschaft (Schwerpunkt Arbeits- und Wirtschaftspsychologie) und ist ausgebildeter systemischer Coach und ausgebildete systemische Trainerin.

Das Hearing ist in zwei Teile untergliedert, in eine Selbstpräsentation des Lebenslaufes und in die Beantwortung von - für alle Schlüsselpersonen gleichlautenden - Fragen und Aufgabenstellungen. Frau XXXX soll als Fachexpertin iSd Ausschreibungsvorgaben die Hearings begleiten. Zu diesem Zweck ist vorgesehen, dass sie die betreffenden Fragen und Aufgabenstellungen in Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin ausarbeitet, die Lebensläufe der angebotenen Schlüsselpersonen vorab analysiert, die Jurymitglieder im Vorfeld auf die Hearings im Rahmen einer halbtägigen Beobachtereinschulung vorbereitet und die Hearings moderiert. Die Punktevergabe erfolgt ausschließlich durch die Jurymitglieder. Die Jurymitglieder selbst verfügen nicht über eine einschlägige psychologische bzw pädagogische Ausbildung. Das Hearing ist in zwei Teile untergliedert, in eine Selbstpräsentation des Lebenslaufes und in die Beantwortung von - für alle Schlüsselpersonen gleichlautenden - Fragen und Aufgabenstellungen. Frau römisch 40 soll als Fachexpertin iSd Ausschreibungsvorgaben die Hearings begleiten. Zu diesem Zweck ist vorgesehen, dass sie die betreffenden Fragen und Aufgabenstellungen in Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin ausarbeitet, die Lebensläufe der angebotenen Schlüsselpersonen vorab analysiert, die Jurymitglieder im Vorfeld auf die Hearings im Rahmen einer halbtägigen Beobachtereinschulung vorbereitet und die Hearings moderiert. Die Punktevergabe erfolgt ausschließlich durch die Jurymitglieder. Die Jurymitglieder selbst verfügen nicht über eine einschlägige psychologische bzw pädagogische Ausbildung.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit der Anträge

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (BALSA GmbH). Diese ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe BVA vom 23. November 2011, N/0104-BVA/14/2011-41). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (BALSA GmbH). Diese ist öffentliche Auftraggeberin iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe BVA vom 23. November 2011, N/0104-BVA/14/2011-41). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren

weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Die Nachprüfungsanträge genügen den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit der Anträge nach § 322 Abs 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Anträge richten sich einerseits gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit, in eventu gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen und andererseits gegen die zweite Berichtigung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung. Dabei handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG, nämlich um die Ausschreibung und sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist (VwGH vom 12. September 2013, 2010/04/0119; BVA vom 12. April 2013, N/0018-BVA/06/2013-23; BVwG vom 8. April 2014, W139 2000175-1/44E und W139 2001924-1/24E). Die Nachprüfungsanträge genügen den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit der Anträge nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Anträge richten sich einerseits gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit, in eventu gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen und andererseits gegen die zweite Berichtigung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung. Dabei handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Liter a, a, BVergG, nämlich um die Ausschreibung und sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist (VwGH vom 12. September 2013, 2010/04/0119; BVA vom 12. April 2013, N/0018-BVA/06/2013-23; BVwG vom 8. April 2014, W139 2000175-1/44E und W139 2001924-1/24E).

Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass es der Antragstellerin hinsichtlich der Anfechtung der zweiten Berichtigung am rechtlichen Interesse mangle, da die Berichtigung die Bieter lediglich begünstige und die Auftraggeberin die Bedenken der Antragstellerin aufgegriffen habe, so übersieht sie dabei, dass die Antragstellerin unter anderem auch vorbringt, dass die Auftraggeber einen zwingenden Widerruf durch die Berichtigung zu umgehen versuchen, dass die zweite Berichtigung an den klar rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen nichts ändere und es der Antragstellerin daher auf Basis der berichtigten Ausschreibung weiterhin nicht möglich sei an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren teilzunehmen, zumal die Ausschreibung auch in ihrer berichtigten Version ua keine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung zulasse. Mit der Anfechtung der Berichtigung bestreitet die Antragstellerin gerade, dass die vorgenommene Abänderung restlos in ihrem Sinne vorgenommen wurde und sie insofern ohne Beschwer wäre. Es ist vom Vorliegen des von der Antragstellerin plausibel dargelegten drohenden Schadens, an welchem dem Grunde nach nicht zu zweifeln ist, auszugehen. Vergaberechtskonforme Ausschreibungsbedingungen dienen dem Schutz der Interessen der Antragstellerin vor dem Eintritt dieses Schadens, weshalb sie auch ein subjektives Recht auf Einhaltung des Vergaberechts, wie von ihr geltend gemacht, hat (so bereits BVA vom 14. Mai 2003, 06N-34/03-15). Eine Beschwer ist der Antragstellerin somit nicht abzusprechen. Folgte man der Argumentation der Auftraggeberin und ließe kein Nachprüfungsverfahren bezüglich der zweiten Berichtigung zu, so könnten Auftraggeber durch "Berichtigungen", welche die ursprüngliche Ausschreibung gleichsam bestätigend bloß näher interpretieren, die zumindest teilweise Präklusion hinsichtlich der betreffenden Bestimmungen bzw Festlegungen herbeiführen. In diesem Sinne geht die Auftraggeberin offenbar auch davon aus, dass der Prüfung im Verfahren zu W139 2003185-1 ohnehin die Ausschreibungsunterlagen "in der berichtigten Form" zugrunde zu legen wären. Dem kann der erkennende Senat nicht folgen.

3.2. Inhaltliche Beurteilung: Spruchpunkte A.I. und A.II.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Gemäß

Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen.

Gemäß § 79 Abs 3 BVergG ist in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Diese Angabe kann auch im Wege der Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen. Ist die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung aus nachvollziehbaren Gründen nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG ist in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Diese Angabe kann auch im Wege der Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen. Ist die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung aus nachvollziehbaren Gründen nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

Gemäß § 2 Z 20 lit d subli aa BVergG sind Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, subli aa BVergG sind Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist.

Gemäß § 122 BVergG ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen. Gemäß Paragraph 122, BVergG ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

Seitens der Antragstellerin wurden zum einen die gesamte Ausschreibung und in eventu einzelne Ausschreibungsfestlegungen sowie zum anderen die Festlegungen der zweiten Berichtigung angefochten. Systematisch ist vorrangig die zweite Berichtigung, mit der die Ausschreibung in bestimmten Punkten abgeändert bzw klargestellt, die Ausschreibung aber nicht zur Gänze neu gefasst wurde, der Prüfung zu unterziehen (VwGH vom 12. September 2013, 2010/04/0119).

Die Antragstellerin behauptet unter anderem die Rechtswidrigkeit der zweiten Berichtigung bezüglich des Sub-Zuschlagskriteriums "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals". Die mit der zweiten Berichtigung vorgenommene "Klarstellung" sei selbst vergaberechtswidrig und seien die Bestimmungen trotz der "Klarstellung" weiterhin vergaberechtswidrig. Dazu bringt sie im Wesentlichen vor, dass es die Auftraggeberin weiterhin unterlassen habe, die einzelnen Begriffe zur Umschreibung ihres Verständnisses von "sozialer Kompetenz" eindeutig zu konkretisieren. Es sei weiterhin völlig unklar, auf was es der Auftraggeberin tatsächlich ankomme. Eine objektive und nachvollziehbare Beurteilung sei überhaupt nicht möglich, weil diese rein subjektiven Verzerrungen der einzelnen Jury-Mitglieder unterliege. Weiterhin sei der Bewertungsvorgang nicht nachvollziehbar, da die Bewertung des Kriteriums als Kollegialentscheidung nach dem Mehrstimmigkeitsprinzip erfolge und nicht geregelt sei, wie die Entscheidung bei Anwesenheit von vier Mitgliedern erfolge und beispielsweise zwei Mitglieder die Schlüsselperson zB mit "gerade noch sehr gut sozial kompetent" und zwei Mitglieder mit "sehr gut sozial kompetent" bewerten würden. Die Sub-Sub-Kriterien seien weiterhin nicht gewichtet, was der Auftraggeberin letztendlich die Möglichkeit eröffne, willkürlich und diskriminierend ihre Entscheidungen zu treffen. Abgesehen davon besitze die Jury auch nach der Berichtigung nicht die erforderliche Fachkompetenz für die Beurteilung in diesem Bereich. Weiterhin sei die die Regelung der Punktevergabe intransparent und eröffne der Auftraggeberin einen unbegrenzten Entscheidungsspielraum.

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, hat das Ermittlungsverfahren ergeben, dass das Sub-Zuschlagskriterium "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals" vergaberechtswidrig ist und dass die Auftraggeberin mit der zweiten Berichtigung die diesbezüglich bestehenden Bedenken nicht bzw nicht zur Gänze ausräumen konnte. Die Auftraggeberin führt selbst aus, dass dieses Kriterium mit der zweiten Berichtigung inhaltlich nicht verändert wurde, sondern dass dieses bloß eine "Klarstellung" erfahren habe. Die "Berichtigung" schreibt damit die Rechtswidrigkeit dieses Zuschlagskriteriums fest und ist folglich bereits insofern als rechtswidrig zu qualifizieren. Zwar mag im Punkte der "verbalen Beurteilung" durch die Kommissionsmitglieder eine Klaglosstellung eingetreten sein, dies macht aber die Berichtigung dennoch nicht zu einer rechtskonformen Auftraggeberentscheidung. Andernfalls könnten Auftraggeber - wie bereits oben aufgezeigt - durch Berichtigungen bzw bloße "Klarstellungen, welche die ursprüngliche Ausschreibung gleichsam bestätigend bloß näher interpretieren, die Präklusion der betreffenden Bestimmungen herbeiführen.

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN).

Im gegenständlichen Fall hat die Auftraggeberin für die Wahl des Zuschlags das Bestbieterprinzip festgelegt. Neben dem Preis (70%), der Verwertungsquote (12%) und der Umweltgerechtigkeit (6%) hat die Auftraggeberin die technische Qualität (12%) als Zuschlagskriterium festgelegt. Letzteres umfasst als Subkriterien "Referenzprojekt(e) angebotener Projektleiter bzw. Bauleiter" (100 Punkte ungewichtet) bzw. "Referenzprojekt(e) angebotener Polier" (100 Punkte ungewichtet) sowie die "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals (Projektleiter bzw. Bauleiter und Polier)" (200 Punkte ungewichtet).

Grundsätzlich haben Auftraggeber bei der Festlegung von Zuschlagskriterien einen weiten Ermessensspielraum, sofern sie die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten (VwGH vom 26. April 2007, 2005/04/0189; Rindler in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 226 zu § 2). Auch muss nicht jedes Zuschlagskriterium notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein, da sich auch nicht rein wirtschaftliche Faktoren auf den Wert des Angebotes für den Auftraggeber auswirken können. Dies wird dadurch bekräftigt, dass "Ästhetik" ausdrücklich als Zuschlagskriterium in Art 36 Abs 1 lit a der Richtlinie 92/50/EWG (bzw. nunmehr Art 53 Abs 1 lit a der Richtlinie 2004/18/EG) genannt ist (EuGH vom 17. September 2002, Rs C-513/99 [Concordia Bus Finland]; VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018). Grundsätzlich haben Auftraggeber bei der Festlegung von Zuschlagskriterien einen weiten Ermessensspielraum, sofern sie die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten (VwGH vom 26. April 2007, 2005/04/0189; Rindler in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 226 zu Paragraph 2.). Auch muss nicht jedes Zuschlagskriterium notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein, da sich auch nicht rein wirtschaftliche Faktoren auf den Wert des Angebotes für den Auftraggeber auswirken können. Dies wird dadurch bekräftigt, dass "Ästhetik" ausdrücklich als Zuschlagskriterium in Artikel 36, Absatz eins, Litera a, der Richtlinie 92/50/EWG (bzw. nunmehr Artikel 53, Absatz eins, Litera a, der Richtlinie 2004/18/EG) genannt ist (EuGH vom 17. September 2002, Rs C-513/99 [Concordia Bus Finland]; VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018).

Jedoch dürfen die Zuschlagskriterien dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eröffnen (EuGH vom 4. Dezember 2003, Rs C-448/01 [EVN AG] unter Verweis auf EuGH vom 17. September 2002, Rs C-513/99 [Concordia Bus Finland], EuGH vom 20. September 1988, Rs C-31/87 [Beentjes] und EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00 [SIAC Construction Ltd]; BVA vom 31. August 2006, N/0062-BVA/12/2006-22 und N/0063-BVA/12/2006-19; VKS Wien vom 1. Juli 2010, VKS-5746/10). Es muss gewährleistet sein, dass der Auftraggeber mittels der Zuschlagskriterien nach objektiven Gesichtspunkten das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermitteln kann und somit kein willkürliches Auswahllement erhält (bereits ua BVA vom 30. April 2001, F-6/99-41; Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 79 Rz 68 unter Verweis auf die Materialien; Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1274 mwN; VwGH vom 22. April 2009, 2007/04/0065). Zuschlagskriterien müssen mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen (ua Rindler in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 227, 231 und 242 zu § 2). Jedoch dürfen die Zuschlagskriterien dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eröffnen (EuGH vom 4. Dezember 2003, Rs C-448/01 [EVN AG] unter Verweis auf EuGH vom 17. September 2002, Rs C-513/99 [Concordia Bus Finland], EuGH vom 20. September 1988, Rs C-31/87 [Beentjes] und EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00 [SIAC Construction Ltd]; BVA vom 31. August 2006, N/0062-BVA/12/2006-22 und N/0063-BVA/12/2006-19; VKS Wien vom 1. Juli 2010, VKS-5746/10). Es muss gewährleistet sein, dass der Auftraggeber mittels der Zuschlagskriterien nach objektiven Gesichtspunkten das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermitteln kann und somit kein willkürliches Auswahllement erhält (bereits ua BVA vom 30. April 2001, F-6/99-41; Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 79, Rz 68 unter Verweis auf die Materialien; Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1274 mwN; VwGH vom 22. April 2009, 2007/04/0065). Zuschlagskriterien müssen mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen (ua Rindler in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 227, 231 und 242 zu Paragraph 2.).

Das Gebot einer objektiven und transparenten Bestbieterermittlung erfordert, dass der Auftraggeber die Zuschlagskriterien inhaltlich ausreichend zu konkretisieren hat, andernfalls selbst eine ausführliche Begründung der Bestbieterermittlung wohl kaum über den Anschein einer willkürlichen Vorgehensweise hinwegzutäuschen vermag. Nach der Judikatur der Vergabekontrolle und des EuGH müssen Zuschlagskriterien demnach so gefasst werden, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können (EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00 [SIAC Construction Ltd]; BVA vom 12. Mai 2003, 02N-19/03-31; BVA vom 9. Februar 2004, 10N-137/03-20). Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf Sub-Zuschlagskriterien (VKS Wien vom 1. Juli 2010, VKS-5746/10). Die Zuschlagskriterien müssen so ausgestaltet sein, dass sie eine Vergleichbarkeit der Angebote

gewährleisten (Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 79 Rz 72 unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien). Entscheidend ist einerseits, dass den Bietern gegenüber im Hinblick auf die Einschätzung ihrer Erfolgsaussichten (ex ante) transparent dargelegt wird, worauf es dem Auftraggeber bei dem jeweiligen Zuschlagskriterium ankommt und wie sich folglich eine Angebotsänderung auswirken könnte (in diesem Sinne UVS Tirol vom 25. Juni 2009, 2008/K4/2682-8; weiters Hörmandinger in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 73 und 77 zu § 79). Der Bieter muss wissen, welche Anforderungen im Einzelfall etwa unter dem Begriff "Qualität" oder "technischer Wert" zu verstehen sind, um damit ein Angebot zu kalkulieren, das die Wünsche des Auftraggebers bestmöglich erfüllt (Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1275). Andererseits ist die Konkretisierung der Zuschlagskriterien im Hinblick auf die (ex post) sicherzustellende Nachvollziehbarkeit der Ermittlung des Bestbieters unerlässlich (in diesem Sinne Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 79 Rz 95). Dies erfordert nun wiederum neben der Pflicht zur inhaltlich ausreichenden Bestimmtheit der Zuschlagskriterien im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung sowie der Transparenz, auch eine Objektivierung und Offenlegung des Bestbieterermittlungsschemas, so auch im Hinblick auf die Vorgehensweise einer Bewertungskommission (Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1298; Vergabeanwalt Infoletter 2/2011, 2). Dies gilt nach Schiefer/Mensdorff-Pouilly insbesondere dann, wenn der Auftraggeber in dem nicht offengelegten Bestbieterermittlungsschema Aspekte berücksichtigt, die für die Ermittlung des Bestbieters relevant sind und die der Bieter durch sein Angebot beeinflussen könnte. Das Gebot einer objektiven und transparenten Bestbieterermittlung erfordert, dass der Auftraggeber die Zuschlagskriterien inhaltlich ausreichend zu konkretisieren hat, andernfalls selbst eine ausführliche Begründung der Bestbieterermittlung wohl kaum über den Anschein einer willkürlichen Vorgehensweise hinwegzutäuschen vermag. Nach der Judikatur der Vergabekontrolle und des EuGH müssen Zuschlagskriterien demnach so gefasst werden, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können (EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00 [SIAC Construction Ltd]; BVA vom 12. Mai 2003, 02N-19/03-31; BVA vom 9. Februar 2004, 10N-137/03-20). Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf Sub-Zuschlagskriterien (VKS Wien vom 1. Juli 2010, VKS-5746/10). Die Zuschlagskriterien müssen so ausgestaltet sein, dass sie eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten (Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 79, Rz 72 unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien). Entscheidend ist einerseits, dass den Bietern gegenüber im Hinblick auf die Einschätzung ihrer Erfolgsaussichten (ex ante) transparent dargelegt wird, worauf es dem Auftraggeber bei dem jeweiligen Zuschlagskriterium ankommt und wie sich folglich eine Angebotsänderung auswirken könnte (in diesem Sinne UVS Tirol vom 25. Juni 2009, 2008/K4/2682-8; weiters Hörmandinger in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 73 und 77 zu Paragraph 79,). Der Bieter muss wissen, welche Anforderungen im Einzelfall etwa unter dem Begriff "Qualität" oder "technischer Wert" zu verstehen sind, um damit ein Angebot zu kalkulieren, das die Wünsche des Auftraggebers bestmöglich erfüllt (Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1275). Andererseits ist die Konkretisierung der Zuschlagskriterien im Hinblick auf die (ex post) sicherzustellende Nachvollziehbarkeit der Ermittlung des Bestbieters unerlässlich (in diesem Sinne Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 79, Rz 95). Dies erfordert nun wiederum neben der Pflicht zur inhaltlich ausreichenden Bestimmtheit der Zuschlagskriterien im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung sowie der Transparenz, auch eine Objektivierung und Offenlegung des Bestbieterermittlungsschemas, so auch im Hinblick auf die Vorgehensweise einer Bewertungskommission (Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1298; Vergabeanwalt Infoletter 2 aus 2011, 2). Dies gilt nach Schiefer/Mensdorff-Pouilly insbesondere dann, wenn der Auftraggeber in dem nicht offengelegten Bestbieterermittlungsschema Aspekte berücksichtigt, die für die Ermittlung des Bestbieters relevant sind und die der Bieter durch sein Angebot beeinflussen könnte.

Ist eine kommissionelle Bewertung vorgesehen, so hat die Bewertungskommission aus Fachleuten zu bestehen, die über das jeweils erforderliche Fachwissen für den konkret zu beurteilenden Gegenstand verfügen, sodass etwa im Hinblick auf technische Aspekte "technisches Fachwissen" gefordert ist (Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 122 Rz 5; VKS Wien vom 13. Dezember 2011, VKS-12011/11). Nach der vergaberechtlichen Judikatur müssen die Mitglieder einer Bewertungskommission in ihrer Gesamtheit über eine ausreichende Sach- und Fachkunde für alle Bereiche und Gesichtspunkte der Angebotsprüfung und Angebotsbewertung verfügen (BVA vom 8. März 2013, N/0124-BVA/02/2012-32). Es ist jedoch nicht notwendig, dass jedes einzelne Mitglied das gesamte erforderliche

Fachwissen aufweist (wiederum VKS Wien vom 13. Dezember 2011, VKS-12011/11). Demgegenüber genügt es aber nicht, wenn lediglich ein Kommissionsmitglied das erforderliche Fachwissen aufweist und sich die anderen Kommissionsmitglieder auf die Expertise dieses der Kommission angehörenden Experten verlassen (UVS Kärnten vom 15. September 2009, KUVS-K2-284/24/2009). Ist eine kommissionelle Bewertung vorgesehen, so hat die Bewertungskommission aus Fachleuten zu bestehen, die über das jeweils erforderliche Fachwissen für den konkret zu beurteilenden Gegenstand verfügen, sodass etwa im Hinblick auf technische Aspekte "technisches Fachwissen" gefordert ist (Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Paragraph 122, Rz 5; VKS Wien vom 13. Dezember 2011, VKS-12011/11). Nach der vergaberechtlichen Judikatur müssen die Mitglieder einer Bewertungskommission in ihrer Gesamtheit über eine ausreichende Sach- und Fachkunde für alle Bereiche und Gesichtspunkte der Angebotsprüfung und Angebotsbewertung verfügen (BVA vom 8. März 2013, N/0124-BVA/02/2012-32). Es ist jedoch nicht notwendig, dass jedes einzelne Mitglied das gesamte erforderliche Fachwissen aufweist (wiederum VKS Wien vom 13. Dezember 2011, VKS-12011/11). Demgegenüber genügt es aber nicht, wenn lediglich ein Kommissionsmitglied das erforderliche Fachwissen aufweist und sich die anderen Kommissionsmitglieder auf die Expertise dieses der Kommission angehörenden Experten verlassen (UVS Kärnten vom 15. September 2009, KUVS-K2-284/24/2009).

Mit der Definition des Sub-Zuschlagskriteriums "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals" kommt die Auftraggeberin dem gesetzlichen Konkretisierungserfordernis nicht nach. Unter Punkt

3.6.2.3 der Ausschreibungsunterlage umschreibt die Auftraggeberin ihr Verständnis von "sozialer Kompetenz" mit sechs Begriffen, welche kurz erläutert werden. Diese Definition entspricht wortwörtlich einer von Prof. Dr. paed. Dipl.-Psych. Karl-Ludwig Holtz im Zusammenhang mit Fragen geistiger Behinderung geprägten Definition, welche nach Holtz das Verständnis von "sozialen Kompetenzen" in aufsteigendem Schwierigkeitsgrad abbildet. Demgegenüber stehen die Begriffe nach dem Verständnis der Auftraggeberin scheinbar gleichwertig nebeneinander und jedenfalls nicht in einem unterschiedlichen Schwierigkeitsgrad zueinander. Die Auftraggeberin führte zwar aus, die Begriffsdefinition der Fachliteratur entnommen zu haben, vermittelte aber im Rahmen der mündlichen Verhandlung den Eindruck, keine exakte Zuordnung zum Urheber der Definition machen zu können.

Diese Divergenz hinsichtlich des Verständnisses der Definition von "sozialer Kompetenz" konnte die Auftraggeberin auch mit der zweiten Berichtigung nicht aufklären, wenn sie darin ausführt, dass die von ihr gewählten Begriffsmerkmale die soziale Kompetenz beschreiben würden und die Bewertung gesamtheitlich und nicht gesondert im Hinblick auf die aufgezählten sechs Begriffsmerkmale erfolgen würde. Damit bleibt nämlich weiterhin unklar und unbeantwortet, welche Relevanz diesen Begriffen bei ganzheitlicher Betrachtung und Bewertung der sozialen Kompetenz zukommt. Bieter könnten die Definition demnach im Sinne des Verständnisses der Auftraggeberin oder aber im Sinne jenes Verständnisses von Holtz interpretieren und demnach besonderes Augenmerk auf den Aspekt der "Identifikation" legen. Mit der Aussage, dass die Begriffe zueinander nicht gewichtet werden, wird keine Aussage dazu getroffen, welche materielle Bedeutung den einzelnen Begriffen innerhalb der als Einheit zu verstehenden Begriffsmerkmale zukommt. Damit ist aber von vorneherein keine einheitliche Auslegung dieses Zuschlagskriteriums garantiert. Die Vergleichbarkeit der Angebote ist damit nicht gewährleistet. Es mangelt damit an einer Grundlage für eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung.

Es wird nicht übersehen, dass soziale Kompetenz nur schwer definierbar ist. Dieser Umstand erfordert es nach Ansicht des erkennenden Senates aber umso mehr, wenn sich ein Auftraggeber des Zuschlagskriteriums "soziale Kompetenz" bedienen will, dass jene Verhaltensweisen, die in der vorliegenden Situation, sohin auf den Auftragsgegenstand bezogen, als sozial kompetent eingestuft und gefordert werden, eindeutig und unmissverständlich festgelegt werden. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Den Bietern ist insofern nicht erkennbar, worauf es der Auftraggeberin tatsächlich im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt ankommt. Sohin erweist sich die zweite Berichtigung in diesem Punkt mangels Konkretisierung des Zuschlagskriteriums "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals" als rechtswidrig.

Darüber hinaus wird in der zweiten Berichtigung zur Frage der Anwesenheit der Jurymitglieder zwar festgehalten, dass "die Regelung ,die Jury muss nicht vollständig anwesend sein' dahin zu verstehen (ist), dass das Anwesenheitsquorum zwar nicht 100% ist (ergänzend wird festgelegt, dass aber zumindest 4 Personen anwesend sein müssen), aber selbstverständlich nur die Jurymitglieder bewerten, die am Hearing anwesend waren". Damit besteht aber weiterhin mangels weitergehender Festlegungen in der Ausschreibung die Gefahr, dass bei den Hearings weder eine gleichbleibende Zusammensetzung der Jurymitglieder noch eine gleichbleibende Größe der Bewertungskommission

gewährleistet ist und insofern eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung beeinträchtigt wird. Abgesehen davon, hat es die Auftraggeberin unterlassen festzulegen, wie im Falle von Stimmengleichheit bei Anwesenheit von 4 Kommissionsmitgliedern vorzugehen ist.

Bei Beibehaltung des in dieser Form ausgestalteten Zuschlagskriteriums würde die Fortführung des Verfahrens den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz zuwiderlaufen. Diese Rechtswidrigkeit der zweiten Berichtigung (im aufgezeigten Umfang) ist auch gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG als wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens einzustufen, da bei rechtmäßigem Vorgehen der Auftraggeber inhaltlich andere Angebote bzw eine andere Angebotsbewertung zu erwarten wären, wobei eine bloß potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens als ausreichend angesehen wird (VwGH vom 6. März 2013, 2010/04/0037; VwGH vom 21. Dezember 2004, 2004/04/0100; VwGH vom 22. April 2009, 2009/04/0081; BVA vom 7. November 2011, N/0094-BVA/06/2011-26; BVA vom 8. Juli 2013, N/0049-BVA/10/2013-29; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 325, Rz 12 mwN; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 2048). Bei Beibehaltung des in dieser Form ausgestalteten Zuschlagskriteriums würde die Fortführung des Verfahrens den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz zuwiderlaufen. Diese Rechtswidrigkeit der zweiten Berichtigung (im aufgezeigten Umfang) ist auch gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG als wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens einzustufen, da bei rechtmäßigem Vorgehen der Auftraggeber inhaltlich andere Angebote bzw eine andere Angebotsbewertung zu erwarten wären, wobei eine bloß potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens als ausreichend angesehen wird (VwGH vom 6. März 2013, 2010/04/0037; VwGH vom 21. Dezember 2004, 2004/04/0100; VwGH vom 22. April 2009, 2009/04/0081; BVA vom 7. November 2011, N/0094-BVA/06/2011-26; BVA vom 8. Juli 2013, N/0049-BVA/10/2013-29; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 325,, Rz 12 mwN; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 2048).

Betrachtet man nun das in der Fassung vor der zweiten Berichtigung vorliegende Sub-Zuschlagskriterium "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals", so ist zum einen auf die eben aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zu verweisen. Zum anderen wird die Ausgestaltung dieses Kriteriums aber auch im Hinblick auf die Zusammensetzung der Bewertungskommission und das Bestbieterermittlungsschema nicht den vergaberechtlichen Anforderungen gerecht.

Unbestritten verfügt keines der Jurymitglieder über eine einschlägige psychologische oder pädagogische Ausbildung. Die Auftraggeberin führt zu diesem Aspekt der Besetzung der Kommission aus, dass es sich um ein subjektives Kriterium handle und es keiner besonderen fachlichen Ausbildung bedürfe, soziale Kompetenz wahrzunehmen. Diese könne von jedem wahrgenommen werden. Es verwundert dann allerdings, dass die Auftraggeberin dennoch eine halbtägige Beobachtereinschulung der Jurymitglieder und die Begleitung bzw Moderation der Hearings durch einen Fachexperten aus dem Bereich Personalcoaching/Arbeitspsychologie vorgesehen hat. Es ist der Auftraggeberin zwar zuzugestehen, dass, und dies trifft wohl tatsächlich auf jedermann angesichts der unterschiedlichen Rollen im sozialen Gefüge zu, Berührungspunkte der Kommissionsmitglieder zu Fragestellungen der "sozialen Kompetenz" bestehen. Es gäbe aber nicht zahlreiche wissenschaftliche Auseinandersetzungen und für die Einschätzung dieser "soft skills" geschulte Personalcoaches/Psychologen, wenn dies tatsächlich ohne entsprechende Expertise von "jedermann" bloß aufgrund seiner allgemeinen Lebenserfahrung beurteilt werden könnte. Abgesehen davon scheitert die Berufung darauf, dass es sich um ein rein subjektives Kriterium handle. Durch die vorgesehene Begleitung des Hearings und Einschulung der Jurymitglieder durch eine Fachexpertin soll, wie von Frau XXXX im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausgeführt wurde, eine gewisse Vergleichbarkeit und damit Objektivierung der Bewertung erreicht werden. Entsprechend den Ausschreibungsfestlegungen erfolgt auch keine Punktevergabe nach eigenem subjektivem Empfinden. Unbestritten verfügt keines der Jurymitglieder über eine einschlägige psychologische oder pädagogische Ausbildung. Die Auftraggeberin führt zu diesem Aspekt der Besetzung der Kommission aus, dass es sich um ein subjektives Kriterium handle und es keiner besonderen fachlichen Ausbildung bedürfe, soziale Kompetenz wahrzunehmen. Diese könne von jedem wahrgenommen werden. Es verwundert dann allerdings, dass die Auftraggeberin dennoch eine halbtägige Beobachtereinschulung der Jurymitglieder und die Begleitung bzw Moderation der Hearings durch einen Fachexperten aus dem Bereich Personalcoaching/Arbeitspsychologie vorgesehen hat. Es ist der Auftraggeberin zwar zuzugestehen, dass, und dies trifft wohl tatsächlich auf jedermann angesichts der unterschiedlichen Rollen im sozialen Gefüge zu, Berührungspunkte der Kommissionsmitglieder zu Fragestellungen der "sozialen Kompetenz" bestehen. Es gäbe aber nicht zahlreiche wissenschaftliche

Auseinandersetzungen und für die Einschätzung dieser "soft skills" geschulte Personalcoaches/Psychologen, wenn dies tatsächlich ohne entsprechende Expertise von "jedermann" bloß aufgrund seiner allgemeinen Lebenserfahrung beurteilt werden könnte. Abgesehen davon scheitert die Berufung darauf, dass es sich um ein rein subjektives Kriterium handle. Durch die vorgesehene Begleitung des Hearings und Einschulung der Jurymitglieder durch eine Fachexpertin soll, wie von Frau römisch 40 im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausgeführt wurde, eine gewisse Vergleichbarkeit und damit Objektivierung der Bewertung erreicht werden. Entsprechend den Ausschreibungsfestlegungen erfolgt auch keine Punktevergabe nach eigenem subjektivem Empfinden.

Nach Ansicht des erkennenden Senates ist es demnach nicht ausreichend, wenn keines der Mitglieder der Jury über hinsichtlich des konkret zu beurteilenden Gegenstandes "soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals" als erforderlich anzusehendes, wenn auch nicht notwendig gleichgelagertes Fachwissen im Bereich der Psychologie bzw Pädagogik verfügt. Tatsächlich wird die fachliche Expertise durch Frau XXXX, die allerdings nicht Mitglied der Jury ist, beigesteuert. Diese hat auch die Auftraggeberin bei der Ausgestaltung dieses Sub-Zuschlagskriteriums fachlich unterstützt. Da die Jurymitglieder selbst die erforderliche fachliche Eignung auch nicht in ihrer Gesamtheit aufweisen, erweist sich das Zuschlagskriterium daher auch unter diesem Gesichtspunkt als vergaberechtswidrig. Dabei fällt überdies ins Gewicht, dass die Beurteilung auf Basis eines lediglich 25 minütigen Hearings erfolgen soll, was angesichts der von der Auftraggeberin betonten besonderen Bedeutung dieses Zuschlagskriteriums aufgrund der Sensibilität dieses Projektes zumindest eine entsprechend fachkundige Besetzung der Bewertungskommission erwarten lässt.

Nach Ansicht des erkennenden Senates ist es demnach nicht ausreichend, wenn keines der Mitglieder der Jury über hinsichtlich des konkret zu beurteilenden Gegenstandes "soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals" als erforderlich anzusehendes, wenn auch nicht notwendig gleichgelagertes Fachwissen im Bereich der Psychologie bzw Pädagogik verfügt. Tatsächlich wird die fachliche Expertise durch Frau römisch 40 , die allerdings nicht Mitglied der Jury ist, beigesteuert. Diese hat auch die Auftraggeberin bei der Ausgestaltung dieses Sub-Zuschlagskriteriums fachlich unterstützt. Da die Jurymitglieder selbst die erforderliche fachliche Eignung auch nicht in ihrer Gesamtheit aufweisen, erweist sich das Zuschlagskriterium daher auch unter diesem Gesichtspunkt als vergaberechtswidrig. Dabei fällt überdies ins Gewicht, dass die Beurteilung auf Basis eines lediglich 25 minütigen Hearings erfolgen soll, was angesichts der von der Auftraggeberin betonten besonderen Bedeutung dieses Zuschlagskriteriums aufgrund der Sensibilität dieses Projektes zumindest eine entsprechend fachkundige Besetzung der Bewertungskommission erwarten lässt.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung ist überdies zutage getreten, dass neben den angekündigten Fragen und Aufgabenstellungen auch der Präsentation des Lebenslaufes eine wesentliche Bedeutung im Zuge des Hearings zukommen soll. Auch wenn der Lebenslauf nicht im Hinblick auf die Berufserfahrung und Qualifikation einer Beurteilung unterzogen werden soll, so ist dieser entsprechend den Ausführungen der Auftraggeberin hinsichtlich der demographischen Daten relevant. Hierzu trifft die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung. Damit hat sie das Bestbieterermittlungsschema entgegen dem Gebot der Transparenz nicht ausreichend offengelegt und hinsichtlich der Relevanz des Lebenslaufes konkretisiert.

Darüber hinaus wird dieses Sub-Zuschlagskriterium vorerst nicht überprüft (Punkt 3.6.2.4. der Ausschreibungsunterlagen), sondern erst nach einer vorläufigen Bewertung zu den übrigen Zuschlagskriterien. Damit erfolgt die Bewertung aber jedenfalls in Kenntnis eines bisherigen Bewertungsergebnisses und damit wird insofern eine unvoreingenommene Beurteilung verunmöglicht. Auch wenn dies nicht unterstellt werden soll, so besteht dadurch die Gefahr einer Ungleichbehandlung und willkürlicher (nachträglicher) Beurteilung der sozialen Kompetenz. Schließlich "kann" nach den Ausschreibungsfestlegungen die AG nachträglich eine inhaltliche Bewertung vornehmen, muss dies aber nicht, was aber mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Gebot der Vergabe an den tatsächlichen Bestbieter nicht vereinbar ist.

§ 325 Abs 2 BVergG 2006 sieht als Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (VwGH vom 6. März 2013, 2011/04/0115).

Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 sieht als Nichtigklärung

rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Artikel 2, Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (VwGH vom 6. März 2013, 2011/04/0115).

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass das Zuschlagskriterium "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals (Projektleiter bzw. Bauleiter und Polier)" sowohl angesichts mangelnder inhaltlicher Konkretisierung als auch mangels im Einklang mit dem BVergG stehender Ausgestaltung der Zusammensetzung der und des Bewertungsvorgangs durch die Kommission es der Auftraggeberin letztlich ermöglichen könnte, in willkürlicher und nicht nachvollziehbarer und damit nicht transparenter Weise bei der Angebotsprüfung vorzugehen (Latzenhofer in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 22 und 23 zu § 325). Da eine Bewertung der Angebote nach den verbleibenden Zuschlagskriterien zur Folge hätte, dass diese ohne das als rechtswidrig erkannte Zuschlagskriterium notwendigerweise eine andere als die in der Ausschreibung festgelegte Gewichtung gewinnen müssten, weil die Zuschlagskriterien jeweils in ihrer Gesamtheit der Angebotsbewertung die Grundlage geben (vgl. VwGH vom 1. März 2005, 2002/04/0125), kommt eine bloße Streichung der betreffenden Bestimmung jedenfalls nicht in Betracht. Vielmehr ist daher gemäß § 325 Abs 1 BVergG die gesamte Ausschreibung bereits aus diesem Grunde für nichtig zu erklären. Damit bleibt aber auch keine Grundlage für die weiteren Festlegungen der zweiten Berichtigung der Ausschreibung (BVA vom 28. Juli 2013, N0049-BVA/10/2013-23). Demnach waren die die oben aufgezeigte Rechtswidrigkeit beibehaltende zweite Berichtigung sowie die gesamte Ausschreibung antragsgemäß für nichtig zu erklären (vgl. BVwG vom 8. April 2014, W139 2000175-1/44E und W139 2001924-1/24E). Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass das Zuschlagskriterium "Soziale Kompetenz des angebotenen Schlüsselpersonals (Projektleiter bzw. Bauleiter und Polier)" sowohl angesichts mangelnder inhaltlicher Konkretisierung als auch mangels im Einklang mit dem BVergG stehender Ausgestaltung der Zusammensetzung der und des Bewertungsvorgangs durch die Kommission es der Auftraggeberin letztlich ermöglichen könnte, in willkürlicher und nicht nachvollziehbarer und damit nicht transparenter Weise bei der Angebotsprüfung vorzugehen (Latzenhofer in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 22 und 23 zu Paragraph 325,). Da eine Bewertung der Angebote nach den verbleibenden Zuschlagskriterien zur Folge hätte, dass diese ohne das als rechtswidrig erkannte Zuschlagskriterium notwendigerweise eine andere als die in der Ausschreibung festgelegte Gewichtung gewinnen müssten, weil die Zuschlagskriterien jeweils in ihrer Gesamtheit der Angebotsbewertung die Grundlage geben vergleiche VwGH vom 1. März 2005, 2002/04/0125), kommt eine bloße Streichung der betreffenden Bestimmung jedenfalls nicht in Betracht. Vielmehr ist daher gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG die gesamte Ausschreibung bereits aus diesem Grunde für nichtig zu erklären. Damit bleibt aber auch keine Grundlage für die weiteren Festlegungen der zweiten Berichtigung der Ausschreibung (BVA vom 28. Juli 2013, N0049-BVA/10/2013-23). Demnach waren die die oben aufgezeigte Rechtswidrigkeit beibehaltende zweite Berichtigung sowie die gesamte Ausschreibung antragsgemäß für nichtig zu erklären vergleiche BVwG vom 8. April 2014, W139 2000175-1/44E und W139 2001924-1/24E).

3.3. Spruchpunkt A.III - Ersatz der Pauschalgebühren

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 1847, -- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag im Nachprüfungsverfahren W139 2003185-1 sowie von EUR 985,-- für den Nachprüfungsantrag im Nachprüfungsverfahren W139 2005967-1 tatsächlich bezahlt (§ 318 Abs 1 Z 1, 4 und 5 BVergG; §§ 1 und 2 Abs 2 und § 3 BVA-PauschGebV Vergabe). Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 1847, -- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag im Nachprüfungsverfahren W139 2003185-1 sowie von EUR 985,-- für den Nachprüfungsantrag im Nachprüfungsverfahren W139 2005967-1 tatsächlich bezahlt (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 4 und 5 BVergG; Paragraphen eins und 2 Absatz 2 und Paragraph 3, BVA-PauschGebV Vergabe).

Das Bundesverwaltungsgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung und erklärte die zweite Berichtigung sowie die gesamte Ausschreibung im Vergabeverfahren "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. § 30 Z 3 UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" antragsgemäß für nichtig. Eine Klaglosstellung durch die zweite Berichtigung ist jedenfalls im Punkte des Sub-Zuschlagskriteriums "Soziale Kompetenz" nicht erfolgt. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Antragstellerin die bezahlten Pauschalgebühren zu ersetzen. Das Bundesverwaltungsgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung und erklärte die zweite Berichtigung sowie die gesamte Ausschreibung im Vergabeverfahren "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" antragsgemäß für nichtig. Eine Klaglosstellung durch die zweite Berichtigung ist jedenfalls im Punkte des Sub-Zuschlagskriteriums "Soziale Kompetenz" nicht erfolgt. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Antragstellerin die bezahlten Pauschalgebühren zu ersetzen.

Zu B Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl zur Interpretation der Ausschreibung: Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche zur Interpretation der Ausschreibung:

ua VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; VwGH 22. November 2011, 2006/04/0024; zur Anfechtbarkeit von Berichtigungen: VwGH vom 12. September 2013, 2010/04/0119; zu den Anforderungen an Zuschlagskriterien und der Konsequenz einer Rechtswidrigkeit eines Zuschlagskriteriums: VwGH vom 22. April 2009, 2007/04/0065; VwGH vom 26. April 2007, 2005/04/0189; VwGH vom 1. März 2005, 2002/04/0125;

zur Wesentlichkeit einer Rechtswidrigkeit: VwGH vom 6. März 2013, 2010/04/0037; VwGH vom 21. Dezember 2004, 2004/04/0100; VwGH vom 22. April 2009, 2009/04/0081) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung;

weitere ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Ausschreibung: Berichtigung Ausschreibungsunterlagen, Berichtigung, Berichtigung Ausschreibung, Berichtigung der Ausschreibung, Bewertung, Bewertungskommission, Bietergleichbehandlung, Bodentausch, Dienstleistungsauftrag, Diskriminierungsverbot, Dringlichkeit, Gleichbehandlung, Kalkulation, Nachprüfungsantrag,

Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung der Ausschreibung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebühren, Pauschalgebührenersatz, Risikotragung, Sachverständigengutachten, Sachverständiger, Sofortmaßnahme, Transparenz, Umweltsanierungsmaßnahme, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, Willkür, Zuschlagskriterien

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W139.2005967.1.00

Zuletzt aktualisiert am

10.07.2014

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at